

MIĘDZYNARODOWE PRAWO HUMANITARNE

Tom IV

Selektywna eliminacja i rozkaz wojskowy

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

vol. IV

Targeted Killing & Superior Order

*...łączyć teorię z praktyką,
by służyć człowiekowi na wojnie...*

**AKADEMIA MARYNARKI WOJENNEJ
WYDZIAŁ DOWODZENIA I OPERACJI MORSKICH
GDYNIA 2013**

Polish Naval Academy
Command & Naval Operations Faculty

- Rada naukowa: *Dariusz R. BUGAJSKI (WDiOM AMW)*
Michael GEISTLINGER (WP, Uniwersytet w Salzburgu)
Tadeusz JASUDOWICZ (WPiA UMK)
Elżbieta KARSKA (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego)
Piotr ŁASKI (WPiA USz)
Andrzej MAKOWSKI (WDiOM AMW)
Jerzy MENKES (SGH)
Elżbieta MIKOS-SKUZA (PCK, WPiA UW)
Jerzy ZAJADŁO (WPiA UG)
Stanisław ZAJAS (AON)
Bogdan ZDRODOWSKI (WSPol. w Szczytnie)
Mariusz ZIELIŃSKI (WDiOM AMW)
- Redaktor naukowy: *Dariusz R. BUGAJSKI*
- Sekretarz redakcji: *Marta SZUNIEWICZ*
- Redaktorzy tematyczni: *Iwona SEKUŁA (nauki o bezpieczeństwie)*
Marta SZUNIEWICZ (prawo międzynarodowe)
- Korekta i redakcja techniczna: *Małgorzata HINZ*
- Korekta języka angielskiego: *Juliusz OKUNIEWSKI*
- Projekt okładki: *Leonard ROZENKRANZ*
- Na okładce: *Przód okładki (kolejno od lewej) i strona 383 – bezzałogowy aparat latający MQ-1 Predator w służbie U.S. Air Force, selektywna eliminacja – Targeted Killing, polscy żołnierze na Placu Czerwonym w Moskwie, salutowanie po przyjęciu rozkazu – Ludwik Solski jako stary wiarus według Stanisława Wyspiańskiego; tył okładki – widok ogólny AMW*
- Adres redakcji: *Akademia Marynarki Wojennej*
Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich
ul. inż. Jana Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia
tel. (0 48 58) 626-29-47, fax (0 48 58) 626-28-02
e-mail: prawo.humanitarne@amw.gdynia.pl

Redakcja informuje, że w celu udostępnienia szerokiemu odbiorcy artykułów ukazujących się w MPH ich streszczenia w języku angielskim będą również publikowane, zgodnie z porozumieniem z redakcją czasopiśma – bazy danych „The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (CEJSH, ISSN 1733-4934), w wersji elektronicznej na stronie internetowej CEJSH (<http://cejsh.icm.edu.pl>). „The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” jest elektroniczną bazą danych wolnego dostępu, założoną przez akademie nauk państw Grupy Wyszehradzkiej w celu internetowej publikacji angielskich streszczeń prac z dziedziny nauk społecznych i humanistycznych, które ukazały się w językach narodowych w czasopiśmie tych krajów i które – z uwagi na barierę językową – są niedostatecznie znane poza obszarem zasięgu danego języka.

Wydano na prawach rękopisu.

Wydawnictwo Akademickie Akademii Marynarki Wojennej
ul. inż. Jana Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia
e-mail: wydawnictwo@amw.gdynia.pl, www.amw.gdynia.pl

ISSN 2081-5182

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów.....	7
Od Redakcji.....	9
O zaletach poprzedzania kwalifikacji prawnej czynów analizą stanów faktycznych – uwag kilka <i>Jerzy Menkes</i>	12
Selektywna eliminacja w międzynarodowym prawie humanitarnym <i>Agnieszka Szpak</i>	33
Dopuszczalność selektywnej eliminacji w świetle międzynarodowych standardów praw człowieka <i>Marta Szuniewicz</i>	45
Selektywna eliminacja a prawo państwa do samoobrony <i>Milena Stenka</i>	66
Selektywna eliminacja Osamy bin Ladena w świetle prawa międzynarodowego <i>Marcin Marcinko</i>	75
Selektywna eliminacja jako instrument zwalczania terroryzmu międzynarodowego – elementy ekonomicznej analizy międzynarodowego prawa humanitarnego <i>Marcin Menkes</i>	127
Bezzałogowe aparaty latające na polu walki – nowe wyzwanie dla prawa wojennego czy powtórka z historii? <i>Wojciech Bieńkowski</i>	147
Odpowiedzialność za wykonanie bezprawnego rozkazu w świetle międzynarodowego prawa karnego <i>Elżbieta Karska, Karol Karski</i>	168

Odpowiedzialność za wydanie rozkazu popełnienia zbrodni międzynarodowej <i>Patrycja Grzebyk</i>	205
Rozkaz jako szczególna instytucja wojskowego prawa karnego <i>Milena van Voorden</i>	222
Odpowiedzialność państwa za działania żołnierzy wielonarodowych sił zbrojnych w perspektywie ochrony praw człowieka <i>Joanna Markiewicz-Stanny</i>	240
Uwagi dotyczące cywilnoprawnego immunitetu państwa przed sądem państwa forum w związku z popełnionymi przestępstwami podczas konfliktu zbrojnego <i>Piotr Łaski</i>	269
To what extent should the United Nations participate militarily in future peace support operations? <i>Krzysztof Ligęza</i>	276
Grupy zbrojne w międzynarodowym prawie humanitarnym <i>Bartosz Wołodkiewicz</i>	302
Status <i>private military contractors</i> w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego <i>Łukasz Kurecki</i>	316
O Autorach.....	351
Indeks rzeczowy.....	353
Wykaz literatury z zakresu selektywnej eliminacji.....	365
Wykaz aktów prawnych.....	376

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Vol. IV

Targeted Killing & Superior Order

Contents.....	3
List of abbreviations.....	7
From Editor.....	9
Remarks on advantages of legal characterisation of facts <i>Jerzy Menkes</i>	12
Targeted killing in international humanitarian law <i>Agnieszka Szpak</i>	33
Acceptability of targeted killings in international human rights law <i>Marta Szuniewicz</i>	45
Targeted killing and state's right of self-defence <i>Milena Stenka</i>	66
Targeted killing of Osama bin Laden and international law <i>Marcin Marcinko</i>	75
The use of targeted killing against international terrorism – an economic analysis of international humanitarian law <i>Marcin Menkes</i>	127
Unmanned aerial vehicles on battlefields – a new challenge for military law or an old story back again? <i>Wojciech Bieńkowski</i>	147
Responsibility for execution of unlawful superior order in the light of international criminal law <i>Elżbieta Karska, Karol Karski</i>	168

Command responsibility for orders to commit international crimes <i>Patrycja Grzebyk</i>	205
Superior orders as specific components of military criminal law <i>Milena van Voorden</i>	222
State responsibility with regard to operations of multinational forces in the light of human rights protection <i>Joanna Markiewicz-Stanny</i>	240
Remarks on whether state violation of <i>jus cogens</i> during armed conflict results in losing immunity from civil jurisdiction abroad <i>Piotr Łaski</i>	269
To what extent should the United Nations participate militarily in future peace support operations? <i>Krzysztof Ligęza</i>	276
Armed groups in international humanitarian law <i>Bartosz Wołodkiewicz</i>	302
Legal status of <i>private military contractors</i> in the light of international humanitarian law <i>Łukasz Kurecki</i>	316
On the Authors.....	351
Index.....	353
Bibliography of Targeted Killing.....	365
List of Conventions, Treaties and other International Instruments.....	376

WYKAZ SKRÓTÓW

BAL	Bezzałogowe aparaty latające
Dz.U.	Dziennik Ustaw
Dz.Urz. MON	Dziennik Urzędowy Ministra Obrony Narodowej
EKPC	Europejska Konwencja Praw Człowieka z 4 listopada 1950 r.
ETPC	Europejski Trybunał Praw Człowieka
IRoRC	International Review of the Red Cross
k.k.	Kodeks karny z 1997 r.
KG I	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych
KG II	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu
KG III	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o traktowaniu jeńców wojennych
KG IV	Konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r. o ochronie osób cywilnych podczas wojny
KoPM 1982	Konwencja Narodów Zjednoczonych o Prawie Morza z 10 grudnia 1982 r. sporządzona w Montego Bay
MKCK	Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża
MPH	Międzynarodowe prawo humanitarne
MPPOiP	Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.
MTK	Międzynarodowy Trybunał Karny
MTKJ	Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii
MTKR	Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy
MTS	Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości

NATO	Organizacja Traktatu Północnoatlantyckiego
ONZ	Organizacja Narodów Zjednoczonych
PCK	Polski Czerwony Krzyż
PD I	Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I)
PD II	Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II)
PiP	Państwo i Prawo
PMCs	Private military contractors
PMW	Polska Marynarka Wojenna
ROE	Zasady podjęcia działań przy użyciu siły / Zasady użycia siły, ZUS (<i>Rules of Engagement</i>)
WPP	Wojskowy Przegląd Prawniczy

OD REDAKCJI

Przewodnim tematem niniejszego IV tomu MPH, obok rozkazu wojskowego, jest zupełnie nowe zagadnienie selektywnej eliminacji (*targeted killing*) znane głównie z praktyki sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych i Izraela. Termin ten nie jest jeszcze ustalony w literaturze wojskowej i prawniczej, a tym bardziej nie jest zdefiniowany. W tym tomie kilku autorów po raz pierwszy w nauce polskiej podejmuje się stworzenia ram naukowych tego problemu. Niektórzy poza cytowaniem obcych definicji proponują własne. Z tych propozycji najbliższe istocie zdają się być uwagi M. Marcinko, którego definicję selektywnej eliminacji można ująć jako **użycie śmiercionośnej siły przez podmiot prawa międzynarodowego (państwo, organizację międzynarodową) w sposób zaplanowany i rozmyślny, prowadzące do zabicia określonych osób, niepozbawionych wolności przez podmiot przeprowadzający selektywną eliminację**. Nie wchodząc w szczegóły, warto zauważyć, że wbrew opinii niektórych autorów (A. Szpak, M. Szuniewicz) w praktyce instytucja selektywnej eliminacji jest stosowana wobec osób, które nie są kombatantami, a zatem są według międzynarodowego prawa humanitarnego osobami cywilnymi. Do zabijania kombatantów nie potrzeba bowiem żadnych nowych szczególnych rozwiązań prawnych. Dlatego zapewne trudno będzie wojskowym czytelnikom podejść poważnie do prawniczego stwierdzenia, że selektywna eliminacja jest niedopuszczalna wobec kombatantów, ponieważ poprzez zaskoczenie „pozbawia osobę będącą celem selektywnej eliminacji prawa do żądania statusu jeńca wojennego” (A. Szpak). A zatem do opisu tego problemu bardziej przydatne jest międzynarodowe prawo praw człowieka i prawo do użycia siły (samoobrony), a dopiero w następnej kolejności międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Istotną kwestią, niezauważoną przez autorów, jest obywatelstwo osoby, która ma być zabita. W przypadku osoby posiadającej obywatelstwo państwa

stosującego selektywną eliminację może pojawić się problem natury konstytucyjnej. W 2012 r. w Stanach Zjednoczonych ujawniono przesłanki, którymi kieruje się administracja, podejmując decyzję o „wyeliminowaniu” poza granicami państwa obywatela amerykańskiego: 1) obywatel stwarza bliską i nieuchronną groźbę gwałtownego ataku przeciw Stanom Zjednoczonym; 2) jego pojmanie nie jest możliwe przy użyciu dostępnych środków; 3) zabójstwo jest zgodne z prawem międzynarodowym¹.

Rosnące zainteresowanie przedstawionym zagadnieniem wynika z faktu, że omawiana procedura, taktyka czy „instytucja prawa” jest niezwykle trudna do pogodzenia z fundamentalnymi zasadami naszej cywilizacji, narusza bowiem podstawowe normy prawa karnego materialnego, prawa karnego procesowego i prawa karnego wykonawczego (J. Menkes). Użyte przez wojskowych metody i środki selektywnej eliminacji mogą być różne, ale zawsze wystrzelony pocisk staje się „równocześnie oskarżycielem, sędzią i katem” (M. Marcinko).

W dobie powszechnego zagrożenia terroryzmem międzynarodowym, wobec którego selektywna eliminacja jest stosowana, nieuniknione jest zajęcie się tym zagadnieniem również przez polskich specjalistów prawa międzynarodowego i polskiego ustawodawcę. Pilnym wezwaniem do działania jest tu realizacja postulatów J. Menkesa: „państwo jest zobowiązane do zapewnienia członkom sił zbrojnych bezpieczeństwa prawnego, tak samo jak do zapewnienia zdolności bojowej”.

Poza wymienionymi autorami w niniejszym tomie o głównym temacie piszą również M. Menkes, M. Stenka i M. Szuniewicz, a wiążącemu się niewątpliwie z selektywną eliminacją rozkazowi wojskowemu poświęcone są trzy kolejne artykuły (P. Grzebyk, E. Karska i K. Karski, M. van Voorden). Interesująca jest także wojskowo-prawna analiza użycia bezzałogowych aparatów latających, które jako środek walki najczęściej są kojarzone z selektywną eliminacją (W. Bieńkowski). Ponadto dwa teksty dotyczą szeroko rozumianej odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa międzynarodowego (P. Łaski, J. Markiewicz-Stanny), a ostatni zagadnień z pogranicza międzynarodowego prawa

¹ E. Holder, *US attorney general justifies 'targeted kill' programme*; www.guardian.co.uk/world/2012/mar/05/attorney-general-targeted-kill-programme (dostęp: 5.03.2012).

humanitarnego i bezpieczeństwa międzynarodowego (K. Ligęza). Tom zamykają dwa wyróżnione teksty absolwenta i studenta (Ł. Kurecki, B. Wołodkiewicz).

Życzę miłej i inspirującej lektury.

Dariusz R. Bugajski

Gdynia, 1 czerwca 2013 r.

O ZALETACH POPRZEDZANIA KWALIFIKACJI PRAWNEJ CZYNÓW ANALIZĄ STANÓW FAKTYCZNYCH – UWAG KILKA

REMARKS ON ADVANTAGES OF LEGAL CHARACTERISATION OF FACTS

Summary

The author examines the legal dimension of targeted killings in a broad axiological context, as well as defining the terminology present in the public debate, and specifying the nomenclature for each case studied. In conclusion, the author considers targeted killings of crime perpetrators as an unlawful punishment but a valid means to prevent an attack. He points out that the legal regime of IHL is a normative framework in which the targeted killing does not violate the law and the conditions for the legitimacy of the action as it is a method of armed struggle to eliminate a terrorist and prevent crime.

key words: targeted killing, capital punishment, terrorism

Wstęp

Rosnące zainteresowanie międzynarodowym prawem humanitarnym, w tym tak specyficzną tematyką jak selektywna eliminacja i rozkaz wojskowy, po pierwsze, odzwierciedla poważne zmiany, które nastąpiły w Siłach Zbrojnych RP po 1989 r.; armia i jej zwierzchnicy przestali „chronić” wojsko przed międzynarodowym prawem humanitarnym,

przed szeroko pojmowanym humanitaryzmem¹. Z myślenia w SZ RP o metodach i środkach walki zbrojnej, o użyciu sił zbrojnych do operacji wojskowych zniknęło – mam nadzieję, że ostatecznie – podskórne przekonanie, że zwycięzców się nie sędzi, a humanitaryzm jest niegodny prawdziwego żołnierza². Polskie SZ (przed rozpoczęciem procesu akcesji do Sojuszu Północnoatlantyckiego) samodzielnie dokonały zmian w prawie wojskowym i wszelkiego typu regulacjach normatywnych, w pełni dostosowując je do wymogów MPH. Kształcenie i szkolenie z zakresu znajomości i umiejętności posługiwania się normami MPH jest prowadzone we wszystkich rodzajach wojsk na poziomie więcej niż zadowalającym. Oficerowie służby czynnej byli przez wiele lat uczestnikami Szkoły Praw Człowieka prowadzonej przez Komitet Helsiński, są od lat uczestnikami Szkoły Letniej Prawa Humanitarnego PCK, w uczelniach wojskowych corocznie pisane są prace licencjackie, magisterskie i doktorskie z zakresu MPH na najwyższym poziomie akademickim i w ścisłym powiązaniu z praktyką³. To oznacza, że w sferze tworzenia warunków koniecznych do tego, by żołnierz nie naruszył prawa humanitarnego z powodu nieznanego prawa i braku procedur chroniących przed naruszeniami, jest dobrze; oczywiście taka ocena nie powinna skutkować samouspokojeniem, a tym bardziej tworzyć fałszywego przekonania, że jeżeli jest dobrze, to nie będą miały miejsca przypadki naruszenia norm MPH⁴. Tych zmian nie sposób

¹ Armie typu radzieckiego w swojej praktyce operacji wojskowych wielokrotnie dowiodły, że nieczuły się związane normami MPH i nie planowały ich respektowania w działaniach wojennych. Elementem wytwarzania klimatu, w którym przewidywalne i pożądane było naruszanie prawa, było niedostosowanie norm prawa karnego i regulaminów walki w państwach, których armie należały do Układu Warszawskiego, do wymogów-zobowiązań traktatowych z zakresu MPH oraz marginalizacja szkolenia z MPH; zrezygnowano nawet z dekoracyjnego wprowadzania norm MPH do systemów prawa krajowego armii Układu Warszawskiego.

² Sąd opieram na obserwacjach; kierowałem Katedrą Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych w Akademii Obrony Narodowej od powstania AON do końca 1994 r., prowadząc wykłady dla słuchaczy-dowódców na wszystkich formach kształcenia.

³ Jestem jurorem dorocznego konkursu organizowanego przez PCK na prace z zakresu prawa humanitarnego, co pozwala mi na sformułowanie oceny wynikającej z porównania prac oficerów z pracami absolwentów akademickich uczelni cywilnych, w tym uniwersyteckich wydziałów prawa.

⁴ W materiałach szkoleniowych armii duńskiej analizowany jest przypadek ćwiczeń oddziałów duńskich. W ich trakcie doszło do rażącego naruszenia prawa jenieckiego w sposobie traktowania kolegów-żołnierzy tej samej armii, którzy dostali się do niewoli podczas ćwiczeń (znęcano się nad jeńcami z użyciem przemocy fizycznej).

przecenić i one wyznaczają ramy każdej prawniczej dyskusji o MPH z żołnierzem-obywatelem w warunkach funkcjonującego społeczeństwa obywatelskiego.

Po drugie, oznacza poważne i prawdziwe wyzwanie dla wszystkich uczestników konferencji, gdyż adresatem wypowiedzi i wniosków są członkowie SZ, przed którymi państwo – konkretne państwo, jakim jest RP – stawia zadania wojskowe i którzy zobowiązani dyscypliną wojskową do wykonania rozkazu chcą i muszą, realizując te zadania, respektować normy MPH w operacjach wojskowych. Decyduje to o tym, że w demokratycznym państwie prawnym nie ma miejsca na brak procedur w odniesieniu do stanów i sytuacji, które można i należy przewidzieć i uregulować. Nie może być tak, iż państwo zakłada, że jakoś to będzie, nie regulując w sposób, który można by uznać za zadowalający, wielu powtarzalnych przypadków. My, prawnicy akademicy, którzy dyskutujemy wraz z żołnierzami w służbie czynnej o wybranych aspektach MPH, nie możemy abstrahować od pytania: jak, w istniejących warunkach prawnych, działać? Nie możemy uciekać od odpowiedzi formułą: my nie jesteśmy od planowania operacji wojskowych i poszukiwania możliwości prowadzenia operacji wojskowych w reżimie MPH. Prawnicy akademicy mogą reprezentować postawy pacyfistyczne i odpowiadając na pytanie „jak robić?”, mówić: „to nie my”, jednak wtedy z odkrytą przyłbicą powinni uczestniczyć w działalności ruchów pacyfistycznych. Nie powinni jednak siedzieć okrakiem na barykadzie, akceptując swój współudział w kształtowaniu ram prawnych działalności wojskowej, bo to zarówno nieprofesjonalne, jak i nieuczciwe. My, cywile-prawnicy, nie możemy być jednocześnie w SZ RP i obok nich. Również, a może przede wszystkim, państwo musi mieć świadomość, że SZ nie mogą działać w stanie niepewności, że dowódca liniowy nie jest powołany do prowadzenia głębokich analiz prawnych w trakcie działań zbrojnych. Państwo jest zobowiązane do zapewnienia członkom sił zbrojnych bezpieczeństwa prawnego, tak samo jak do zapewnienia zdolności bojowej. Mam nadzieję, że ta konferencja pozwoli osiągnąć wartość dodaną nie tylko w refleksji prawniczej nad MPH, lecz także w implementacji MPH.

1. Ramy aksjologiczne użycia siły

Przemoc, indywidualna i zbiorowa, towarzyszy człowiekowi i ludzkości od zawsze. Ma ona charakter zarówno incydentalny, jak i systematyczny, a nawet systemowy (tragiczną jest konstatacja, że to jeden z owoców instytucjonalizacji więzi społecznych)⁵. Przemoc ta kierowana była i jest nie tylko przeciwko człowiekowi, lecz także przeciwko innym istotom żywym. Wspólnym doświadczeniem ludzi jest doświadczenie przemocy i cierpień pochodnych użyciu siły, których ofiarą jest człowiek, i doświadczenie przemocy, którą człowiek zadaje innym ludziom lub innym stworzeniom. O wyborze ofiary równie często decydowały czynniki osobiste, jak i grupowe; sprawca (sprawcy) równie często dążył (dążyli) do realizacji własnego celu, jak i pragnął (pragnęli) pozbawić ofiarę możliwości realizacji jej celu. Siła przeciwko drugiemu człowiekowi jest używana z pobudek utylitarnych – siła traktowana jako narzędzie uzyskania korzyści, której zdobycie w inny sposób nie jest możliwe lub której koszty zdobycia używający przemocy kwalifikuje jako nadmierne. Siła może być także użyta w konsekwencji braku internalizacji albo odrzucenia norm zakazujących używania siły⁶. Decyzja o użyciu w sposób zorganizowany siły przeciwko człowiekowi w konflikcie może wynikać zarówno z pobudek uznawanych za realne i racjonalne (obrona) oraz realnych, ale quasi-racjonalnych (co nie znaczy, że ocenianych jako dobre, na przykład grabież, podbój), jak i nierzeczywistych i całkowicie irracjonalnych (na przykład nienawiść do innych lub lęk przed urojonym zagrożeniem). Użycie przemocy w stosunku do zwierząt może wiązać się z poszukiwaniem rozrywki lub daniem ujścia pragnieniu dopuszczenia się przemocy; istoty żywe mogą być zabijane dla zdobycia pożywienia

⁵ M. Mann, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge, University Press, 2004.

⁶ W tym aspekcie swoicie traktowana jest przemoc wobec dzieci, które w przeszłości nie były uznawane za pełnowartościowego człowieka, zaś współcześnie na obrzeżach kultury i nauki istnieją enklawy myślenia przyzwalającego na przemoc wobec dzieci ze względu na ich dobro, gdzie przemoc jest traktowana jako metoda wychowawcza, zaś próby jest eliminacji lub karanie sprawców uważane są za zamach na tradycyjną rodzinę ze strony jej ideologicznych wrogów. Przemoc wobec kobiet ma również niewątpliwie różne źródła (poważny nurt psychoanalizy począwszy od Freuda odpowiada na pytanie: dlaczego mężczyźni nienawidzą kobiet?) i przybiera różne formy. Także w tym przypadku działania zmierzające do ochrony ofiary i ukarania sprawcy są przez część społeczeństwa i reprezentatywne dla tych grup społecznych systemy wartości traktowane jako zamach na rodzinę.

lub odzieży albo dla uzyskania przyjemności – tak kwalifikuję zarówno walki zwierząt, jak i „wytwarzanie”⁷ w XXI wieku noszonych przez osoby luksusowych futer, w warunkach, w których funkcja: ochrona przed zimnem, może być realizowana bez zabijania.

W większości przypadków dopuszczający się użycia siły dokonują i przedstawiają racjonalizację swoich decyzji i podjętych w ich konsekwencji działań; ocena prawdziwości motywów mieści się poza obszarem zainteresowań i możliwości badań prawniczych. W przypadku niektórych aktów użycia siły jesteśmy skłonni wierzyć⁸ (co nie znaczy, że zawsze akceptować) w prawdziwość ogłoszonych przez sprawcę motywów działania, w przypadku innych wydaje nam się, że wskazywane motywy-uzasadnienia⁹ są narzędziem gry sprawcy ze społeczeństwem zarówno przed popełnieniem czynu, jak i po nim¹⁰. Częściej w przypadku zbrodni spektakularnych jesteśmy bezradni w konfrontacji ze sprawcami i ich motywami po czynie; równie trudne do pojęcia (a w istocie niepojęte dla większości ludzi) są motywy działania Andersa Behringa Brevika¹¹, reżimu Pol Pota¹², sprawców zbrodni w trakcie

⁷ Znane są technologie pozyskiwania futer z owiec karakułowych czy fok.

⁸ Wierzymy w zwykłe zło, a więc wiarygodnym jest motyw użycia siły zarówno przez sprawcę, który robi to, broniąc swoich najbliższych przed przemocą, jak i tego, który dopuszcza się rozboju. Wierzymy w motywy stosowania przemocy przez naród walczący o niepodległość, który w użyciu siły widzi jedyny sposób realizacji prawa do samostanowienia, i przez grupę zbrojną, która siłą chce zrealizować cele polityczne.

⁹ Dotyczy to zarówno sprawców indywidualnych, jak i zorganizowanych sprawców zbiorowych.

¹⁰ Niezdolność do uporania się ze złem powoduje, że w przypadku szczególnie odrażających zbrodni przeprowadzamy operację na języku relacji, w ramach której klasyfikujemy na przykład Holokaust, zbrodnie stalinowskie i kolejne jako wyraz chorej ideologii (określenie ideologii jako „chora” ma zbliżyć postrzeganie czynu do postrzegania działania sprawcy w warunkach niepojętowości). Nawet ortodoksyjni Żydzi wypowiadali heretycki pogląd, że w Auschwitz Bóg był nieobecny, i odrzucali posługiwanie się terminem „*Shoah*” – Zagłada (który ma religijne konotacje) na określenie nazistowskiego ludobójstwa.

¹¹ Masowy morderca, który 22.07.2011 r. w dwóch zamachach na terytorium Norwegii zamordował 69 osób. W uzasadnieniu czynów powołuje się na skrajnie nacjonalistyczne, rasistowskie i prawicowe poglądy. W polskiej wersji Wikipedii (dostęp: 25.07.2012) określany jest on „norweskim masonem”. Termin ten nie pojawia się w innych wersjach językowych i wydaje się bardziej odzwierciedlać problem piszących z ideologiczną, bo prawicową proveniencją sprawcy.

¹² Pod tym nazwiskiem występował przywódca Czerwonych Khmerów Saloth Sar. Kierowany przez niego reżim w trakcie trzyletnich rządów (w latach 1975–1979) zamordował lub spowodował śmierć (w wyniku mordów, niedożywienia, pracy przymusowej, braku opieki medycznej) między 1,7 mln a 2,5 mln ludzi (ludność Kambodży liczyła 8 mln).

wojen w byłej Jugosławii czy ludobójstwa, którego przez 100 dni w 1994 r. dopuścili się rwandyjscy Hutu na swoich współobywatelach należących do Tutsi, a którego śmiertelnymi¹³ ofiarami padło pomiędzy 500 tys. a 1 mln dzieci, kobiet i mężczyzn.

Realne są jedynie zawsze ofiara i jej cierpienie.

W sprzężeniu zwrotnym z przemocą cywilizacje-ludzie nie różnią się doświadczeniami, a sposobem wykorzystania wniosków wypływających z tych doświadczeń. O wyjątkowości współczesnej cywilizacji Europy decyduje internalizacja współodczuwania; doświadczenia Holokaustu i zbrodni totalitaryzmów XX wieku zaowocowały kształtowaniem się cywilizacji programowo odrzucającej przemoc. Jest to i powinno być powodem naszej (reprezentantów cywilizacji zmiany stosunku do przemocy, odrzucenia przemocy) uzasadnionej dumy, a nie źródłem poczucia wyższości.

To odrzucenie używania siły, a szczególnie zakaz zabijania, jest istotnym novum w cywilizacji euro-atlantyckiej (kontynuatorce cywilizacji europejskiej). Jest novum, gdyż w przestrzeni europejskiej nie tylko nie znalazło się miejsce dla kultur fundamentalnie odrzucających zadawanie śmierci innym istotom żywym¹⁴, lecz nawet w głównych nurtach cywilizacji europejskiej nigdy nie mieściła się kultura programowego nieużywania siły. Nie uzyskały również szerszych wpływów kultury odrzucania użycia siły przeciwko ludziom – *nonviolence*¹⁵;

¹³ Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy za element ludobójstwa uznał również gwałty wojenne, których ofiarami padło między 250 tys. a 500 tys. kobiet i dziewcząt (a 70% ofiar zostało zarażonych HIV). Ofiarami przemocy seksualnej padli również mężczyźni.

¹⁴ Skrajną wersją takiej filozofii jest dżinizm, którego doktryna ahinsa zakazuje czynienia krzywdy jakimkolwiek żywym stworzeniom. Szerzej: P. Balcerowicz, *Dżinizm. Starożytna doktryna Indii*, Warszawa 2003.

¹⁵ Prekursorem filozofii-ruchu był Mahatma Gandhi, symbolem kontynuacji Martin Luther King, a dowodem aktualności i próbą nadania jej wymiaru uniwersalnego idei była czechosłowacka aksamitna rewolucja. Nazwą „aksamitna rewolucja” określa się wydarzenia, które miały miejsce w okresie pomiędzy 17.11 a 29.12.1989 r., kiedy ponad 20 pokojowych demonstracji z udziałem od 200 tys. do 500 tys. uczestników i dwugodzinny strajk generalny doprowadziły do upadku represyjnego reżimu Husáka – wyznaczonego wykreśleniem 29 grudnia z konstytucji Czechosłowacji przepisu o kierowniczej roli partii komunistycznej. Symbolem i przywódcą aksamitnej rewolucji był Václav Havel. Jednak uznać należy, że eksperyment przeszczepienia filozofii *nonviolence* na obszar Europy był nieudany – niepowodzenie symbolizuje zabójstwo sądowe Nicolae Ceaușescu i jego żony Eleny po pospiesznym procesie przeprowadzonym na wątpliwej podstawie

w europejskiej tradycji formuła o nastawieniu policzka w odpowiedzi na uderzenie w policzek¹⁶ była w praktyce, w najlepszym przypadku, redukowana do niereagowania agresją fizyczną na agresję niefizyczną. Mieszkańcy Europy zadawali i zadają śmierć lub cierpienia zwierzętom dla zdobycia pożywienia lub odzieży, lub innych produktów¹⁷, zadawali i zadają ją również dla rozrywki¹⁸. Dopiero w ostatnich latach nie tylko grupy radykalne, lecz także szerokie kręgi społeczeństwa z sukcesami domagają się ograniczenia zadawania śmierci lub cierpień zwierzętom, szczególnie do wymienionych celów lub w sposób uznawany za niegodziwy. Zakazywane są zarówno walki zwierząt, jak i widowiska, w trakcie których zwierzęta są męczone lub zabijane (obejmuje to korridę, która od 1 stycznia 2012 r. została zabroniona w Katalonii); surowym ograniczeniom i precyzyjnym regulacjom prawnym poddano

prawnej i wykonane, z pogwałceniem wszelkich standardów orzekania i realizacji kary głównej, 25.12.1989 r.

¹⁶ „A Ja wam powiadam: Nie stawiajcie oporu złemu. Lecz jeśli cię kto uderzy w prawy policzek, nadstaw mu i drugi” – Ewangelia według św. Mateusza, Mat 5,39. W tym wskazaniu (uzupełnionym o wersety 40 i 41: „A temu, kto chce się z tobą procesować i zabrać ci szatę, dodaj i płaszcz. A kto by cię przymuszał, żebyś siedł z nim jedną milę, idź z nim i dwie”) można widzieć zarówno jednoznaczne odrzucenie zasady „oko za oko, ząb za ząb” (w wersji *Kodeksu Hammurabiego* stanowiły o tym normy: „Jeśli obywatel [w przypadku poddanego albo niewolnika Kodeks mówił o odpowiedzialności finansowej] oko wybił obywatelowi, oko wybija mu” i „Jeśli obywatel ząb obywatelowi równemu sobie wybił, ząb wybija mu”, *Kodeks Hammurabiego*, Warszawa 1996), jak i korzenie filozofii *nonviolence*. Jednak konkurencyjna w przestrzeni chrześcijańskiej doktryna wojny sprawiedliwej *bellum iustum* (szerzej: A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York 1961, s. 17.) św. Augustyna, św. Tomasza z Akwinu i szkoły z Salamanki (szerzej: H. Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, Warszawa 2007) i odwołujące się do niej praktyka i przyzwolenie kościołów chrześcijańskich na stosowanie kary śmierci (dopiero po ogłoszeniu przez Jana Pawła II encykliki *Evangelium vitae* doszło do zmiany pkt 2266 w *Katechizmie Kościoła Katolickiego* i stwierdzenia, że „biorąc pod uwagę możliwości, jakimi dysponuje państwo, aby skutecznie ukarać zbrodnię i unieszkodliwić tego, kto ją popełnił, nie odbierając mu ostatecznie możliwości skruchy, przypadki absolutnej konieczności usunięcia winowajcy są bardzo rzadkie, a być może już nie zdarzają się wcale”, które zastąpiło „uzasadnione prawo i obowiązek” władzy do karania również śmiercią; nie oznacza to jednak jednoznacznego zakazu) unieważniły *de facto* tę zasadę. Można stwierdzić, że filozofia i praktyka w kręgu kultury chrześcijańskiej były ograniczone do zamkniętych i nielicznych grup.

¹⁷ Współcześnie zwierzęta poddawane ubojowi przemysłowemu są wykorzystywane prawie w 100%. Zwierzęta są również wykorzystywane do badań.

¹⁸ Wykorzystywanie zwierząt do walki ze zwierzętami lub ludźmi, wykorzystywanie do pokazów zarówno w modelu ekspozycji czy tresury zwierząt, jak i ogrodów zoologicznych.

eksperymenty na zwierzętach¹⁹. Wprowadzany jest zakaz pokazywania i tresury zwierząt w widowiskach (w cyrkach). Prawo wyznacza standardy minimalne hodowli (na przykład wymiary klatek dla drobiu czy zakaz karmienia kaczek w sposób, który doprowadza do przetłuszczenia wątroby) i uboju (aż do zakazu w formie, którą uznaje się za dostarczającą zwierzętom cierpień, czyli uboju rytualnego)²⁰.

Zmiany objęły również filozofię karania i kar. Po odrzuceniu kar szczególnie okrutnych i wyłączeniu odpowiedzialności karnej sprawców ze względu na wiek i poczytalność²¹ państwa europejskiej przestrzeni prawnej doszły do całkowitego i bezwarunkowego zakazu kary śmierci. Regulacje prawne w postaci norm wytworzonych na forach Rady Europy i ONZ zostały poprzedzone głęboką i długą dyskusją, którą jednak wraz z wprowadzeniem zakazu uznano za ostatecznie zamkniętą²². Trudno po latach poważnie podważać argumenty powołujących się na wartości

¹⁹ Dowodem internalizacji współczucia wobec zwierząt przez relatywnie szerokie kręgi społeczeństwa jest reklamowanie kosmetyków poprzez wskazanie, że nie były one testowane na zwierzętach. Dowodzi to wymiernej dla producentów wartości takich procedur – niechęć, ewentualnie nawet odmowę kupna produktu testowanego na zwierzętach przez liczącą się na rynku grupę odbiorców.

²⁰ Zarazem ciągle na przykład w Polsce odpowiedzialność karna za przestępstwa przeciwko zwierzętom jest realizowana na podstawie pozakodeksowej (w stosunku do Kodeksu karnego) Ustawy o ochronie zwierząt. Oznacza to, bez wątpienia, że zwierzę nie jest rzeczą, ale różnicuje aksjologicznie formę regulacji w porównaniu ze środowiskiem (rozdz. XXII k.k.) czy dobrami w obrocie (rozdz. XXIV–XXVII k.k.).

²¹ W Polsce art. 31 k.k.

²² W tym kontekście nie można jednak nie przywołać przypadku demokratycznego kandydata na urząd prezydenta USA Michaela Dukakisa. Mając przewagę w kampanii wyborczej w 1988 r. nad kandydatem republikańskim George'em Bush'em, w obrazowej formie został zapytany przez moderatora debaty (która odbyła się 13 października) Bernarda Shawa o stosunek do kary śmierci (kandydat wcześniej wyraźnie deklarował się jako jej przeciwnik): „*Governor, if Kitty Dukakis [żona kandydata] were raped and murdered, would you favor an irrevocable death penalty for the killer?*”. W odpowiedzi padło stwierdzenie: „*No, I don't, and I think you know that I've opposed the death penalty during all my life*”. Po debacie, w której tę właśnie odpowiedź powszechnie uznano za kluczową, notowania Dukakisa spadły z o 7 punktów procentowych (z 49% na 42%). Brak jest pewności na temat tego, co było decydujące dla tak drastycznego spadku poparcia, który przełożył się na porażkę w wyborach: czy była to szybkość, brak zawahania w odpowiedzi kandydata, co można było utożsamiać z brakiem zdolności do empatii; czy automatyzm odpowiedzi, który można było powiązać z mantrą waszyngtońskich elit; czy jednak skonfrontowani z tak osobistą i skrajną sytuacją zwolennicy demokratów (a więc w większości przeciwnicy kary śmierci z przyczyn liberalnego światopoglądu albo przynależności do upośledzonych warstw społecznych, w których przypadku kara ta jest najczęściej wykonywana) nie zaakceptowali tak jednoznacznego odrzucenia kary śmierci.

podstawowe i czynniki użyteczne oponentów kary śmierci, gdyż na ich korzyść przemawiają zarówno relatywnie niższe koszty wykonywania kary długoterminowego pozbawienia wolności w porównaniu z karą śmierci w państwach demokratycznych i praworządnych, jak i uzasadnione wątpliwości co do realizacji odstraszania kary śmierci (prewencja ogólna) oraz porównywalna ochrona społeczeństwa przed sprawcą najcięższej zbrodni w przypadku wykonywania kar długoterminowych (prewencja szczególna). Jedyne w miarę często podnoszony argument na rzecz kary śmierci: przywrócenie (poprzez jej wykonanie) ładu moralnego, wydaje się trudny do obrony, gdyż głoszący go nie wyjaśniają, w jaki sposób dodatkowa śmierć przywróci doskonałą i niemierzalną równowagę moralną zaburzoną przez zbrodnię. Oczywiście co pewien czas szczególnie odrażający czyn wywołuje falę żądań społecznych przywrócenia kary śmierci, lecz gasną one równie szybko, jak zmieniają się tytuły pierwszych stron pism, na których łamach opisy czynu wywołały lub stymulowały te emocje. Również partie zaliczane do nurtu prawicowego populizmu zgłaszają postulat przywrócenia kary śmierci (i szeroko pojmowanej represyjności prawa); hasła te pozwalają im lepiej lub gorzej trwać w systemie politycznym, jednak nie prowadzą do zwycięstwa wyborczego²³. Odrzucenie kary śmierci – jej zakaz, jest traktowany jako norma moralna o charakterze zasady i zakaz ten jest niezależny od oceny czynu²⁴ w powiązaniu ze sprawcą²⁵.

Politycy i społeczeństwa Europy mają również problem z określeniem stosunku do użycia siły w formie zorganizowanego działania państwa, czy nawet instytucji międzynarodowych. Przekazy pochodzące już z początku XX wieku wskazują na to, że w państwach rdzenia Europy (Francji, Niemczech, Anglii) silne były poglądy i partie

²³ Zauważyć zresztą można, że w tych przypadkach, w których partie te sprawują władzę, nie podejmują działań na rzecz przywrócenia kary śmierci. Być może wynika to z traktowania jako realnej groźby usunięcia z Rady Europy i UE, a być może ze świadomości, że jest to nośny postulat przy okopywaniu się w prawicowej niszy politycznej, jednak społeczeństwo w swojej większości go odrzuca.

²⁴ Na przykład instytucje i politycy europejscy zgodnie protestowali przeciwko orzeczeniu i wykonaniu kary śmierci na Saddamie Husajnie, równie zgodnie przyznając, że był on w pełni odpowiedzialny za szczególnie odrażające zbrodnie.

²⁵ Oczywiście w debatach politycznych lewicowi oponenti kary śmierci podnoszą klasowo-rasowy charakter tej kary, wskazując na fakt, że orzekana jest ona przede wszystkim w stosunku do sprawców zbrodni będących członkami zmarginalizowanych lub wykluczonych grup społecznych (w USA ubodzy Afroamerykanie), zaś większość – realną (potwierdzają to liczne przykłady z praktyki) groźbę nienaprawialnej pomyłki sądowej.

pacyfistyczne. Tragicznym paradoksem był wybuch wojen w klimacie nacjonalistycznej euforii, która, jak mogłoby się wydawać, wybuchła przeciwko (a co najwyżej na marginesie) głównemu nurtowi nastrojów społecznych, jakimi były nastroje pacyfistyczne *fin de siècle* i lat 40. XX w. Nastroje te powróciły po II wojnie światowej i w zachodniej części kontynentu uległy wzmocnieniu wbrew realnemu zagrożeniu zimną wojną. Nurt pacyfistyczny, nurt wiary w możliwość dogadania się z (każdym) wrogiem – niewiary w złe cele, intencje²⁶, brak poczucia jedności i wspólnoty interesów, przekładający się na brak gotowości do kolektywnej samoobrony, a tym bardziej ponoszenia kosztów bezpieczeństwa zbiorowego, a w ostateczności postawa *better red than dead*²⁷, wyrażająca gotowość do poddania się bez walki²⁸ – składają się na co najmniej równoprawny, a wielu momentach główny, klimat społeczny w Europie.

2. Prawne ramy użycia siły i ich internalizacja

Państwa wspólnoty transatlantyckiej wyznaczyły, co oczywiste w systemie norm ustrojodawczych i ustawodawczych, warunki użycia siły; normy te są zgodne z niepodważanym stanem prawa krajowego i międzynarodowego oraz ich traktatowymi zobowiązaniami międzynarodowymi. Niepodlegającym wątpliwości elementem funkcji państwa

²⁶ Mimo że Hitler jasno deklarował cele ekspansjonistyczne, pogardę dla prawa i wartości, zapowiedź eksterminacji „ludzi niepełnowartościowych”, Żydów, Romów itd., politycy angielscy nawet w czasie konferencji monachijskiej traktowali jego słowa jako grę (szerzej: H. Kissinger, *Dyplomacja*, Warszawa 1996, rozdz. XII).

²⁷ Ten lewacki slogan, którego autorstwo przypisywane jest zarówno Bertrandowi Russellowi, jak i Davidowi Horowitzowi, zastąpił w zachodnich Niemczech po 1968 r. hasło z okresu poprzedzającego klęskę nazistów w II wojnie światowej i wzywające do walki do końca: *Lieber tot als rot*. Na temat koncepcji politycznych niemieckich „zielonych” szerzej: C. Ch. Malzahn, *Happy 25th Birthday Greens. What's the Plan Now?*, „Spiegel International”, 01/13/2005.

²⁸ Od szeroko pojmowanej filozofii neutralizmu poprzez ideologię finlandyzacji aż do postawy zachodnioniemieckich lewaków, którzy wobec groźby fizycznej konfrontacji z państwami bloku wschodniego deklarowali gotowość do rezygnacji z samoobrony i swoiście uzupełniali w tym niektórych polityków głównego nurtu, odrzucających możliwości zapłacenia ceny w postaci wyjścia z instytucji zachodniej hemisfery w zamian za zgodę ZSRR na zjednoczenie Niemiec.

jest obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa²⁹; ramy prawne dopuszczalnych form jego realizacji wyznaczają normy Karty NZ. Na te ramy prawne składa się przede wszystkim zasada wyrażona w art. 2: „Wszyscy członkowie powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub użycia jej przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej któregośkolwiek państwa lub w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Karty Narodów Zjednoczonych”³⁰. Wbrew więc popularnemu uogólnieniu państwa nie ustanowiły w Karcie NZ zakazu użycia siły, a jedynie określiły kontratypy, w których przypadku czyn, jakim jest użycie siły, nie jest czynem bezprawnym. Po pierwsze, „Żadne postanowienie niniejszej Karty nie narusza naturalnego prawa każdego państwa członka Organizacji Narodów Zjednoczonych, przeciwko któremu dokonano zbrojnej napaści, do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony, zanim Rada Bezpieczeństwa zastosuje środki, konieczne dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Środki podjęte przez członków w wykonaniu tego prawa do samoobrony powinny być natychmiast podane Radzie Bezpieczeństwa i w niczym nie powinny naruszać wynikającej z niniejszej Karty kompetencji i odpowiedzialności Rady do podjęcia w każdym czasie akcji, jaką uzna za konieczną dla utrzymania albo przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”³¹. Zgodnie z normą art. 51 prawo do samoobrony – użycia siły przeciwko sprawcy zbrojnej napaści, ma charakter normy prawa natury³². Siły może również użyć sama Organizacja NZ – jej członkowie – w przypadkach, w których Rada Bezpieczeństwa stwierdza istnienie zagrożenia lub naruszenia pokoju bądź aktu agresji oraz udziela zaleceń lub decyduje, jakie środki należy zastosować w myśl art. 41 i 42 w celu utrzymania albo przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (art. 39 Karty NZ).

²⁹ Szerzej: R. Kupiecki, *Doktryna bezpieczeństwa państwa i organizacji międzynarodowych. Między planowaniem obronnym a dyplomacją publiczną*, [w:] J. Kranz, *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityk*, Warszawa 2009, s. 341 i n.

³⁰ Art. 2 Karty NZ.

³¹ Art. 51 Karty NZ.

³² Nie precyzując kwestii pojmowania kategorii naturalnego prawa, która ani w pozytywnym prawie międzynarodowym, ani w doktrynie nie jest szczególnie rozwijana, należy zaznaczyć, że termin ten oznacza przyrodzone i niezbywalne prawo państwa do objętego tym prawem działania i normy prawa międzynarodowego mogą to prawo potwierdzać, nie mogą zaś go podważać.

Samoobrona może być realizowana zarówno indywidualnie, jak i zbiorowo, zaś działania na podstawie Karty NZ w systemie bezpieczeństwa zbiorowego³³.

Jednak trudno uznać, że implementacja tych reguł spotyka się ze społeczną akceptacją w praktyce. Od wielu lat wszystkie debaty publiczne są zdominowane przez przeciwników użycia siły, którzy wypowiadają odnośne poglądy nie tylko ogólnie, lecz także w odniesieniu do każdego indywidualnego przypadku³⁴. W tej debacie zwolennicy poglądów realistycznych pozwolili zepchnąć się do defensywy. Radykalni przeciwnicy użycia siły w każdym indywidualnym przypadku, w którym do jej użycia doszło, kwalifikują ten przypadek jako przejaw polityki siły, dążenie do uzyskania korzyści ekonomicznych lub politycznych, a nawet wyraz ideologii określanej faszystowską. Oponenti używania siły czują się zwolnieni od jakiejkolwiek konsekwencji lub logiki³⁵.

Uogólniając: prawo pozwala na użycie siły przez państwa w celu samoobrony, zaś państwu działającemu w ramach zinstytucjonalizowanej współpracy – dla ochrony porządku publicznego. Niezależnie bowiem od oceny stopnia społecznej percepcji (a przynajmniej znajomości) teorii racjonalności komunikacyjnej Habermasa, każde użycie siły w tej przestrzeni kulturowej jest traktowane jako niepowodzenie, wynikające z naruszenia reguł dialogu³⁶, w osiągnięciu

³³ Na mocy art. 5 Traktatu waszyngtońskiego „Strony zgadzają się, że zbrojna napaść na jedną lub więcej z nich w Europie lub Ameryce Północnej będzie uznana za napaść przeciwko wszystkim, i dlatego zgadzają się, że jeżeli taka napaść zbrojna nastąpi, to każda z nich, w ramach wykonywania prawa do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony, uznanego na mocy art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych, udzieli pomocy Stronie lub Stronom napadniętym, podejmując niezwłocznie, samodzielnie, jak i w porozumieniu z innymi Stronami działania, jakie uzna za konieczne, łącznie z użyciem sił zbrojnych, w celu przywrócenia i utrzymania bezpieczeństwa obszaru północnoatlantyckiego. O każdej takiej napaści zbrojnej i o wszystkich podjętych w jej wyniku środkach zostanie bezzwłocznie powiadomiona Rada Bezpieczeństwa. Środki takie zostaną zaniechane, gdy tylko Rada Bezpieczeństwa podejmie działania konieczne dla przywrócenia i utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”.

³⁴ Zresztą również w przypadku użycia siły przez państwo w sytuacjach naruszenia prawa wewnątrz państwa.

³⁵ Szerzej: J. Kranz, *Między wojną a pokojem: świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej*, [w:] J. Kranz, dz. cyt., s. 83–85.

³⁶ J. Habermas, *Działania komunikacyjne i detranscendentalizacja rozumu*, Warszawa 2004, s. 38.

racjonalnie motywowanego porozumienia³⁷; w działaniach uczestników sytuacji z użyciem siły nie został osiągnięty stan uznany za racjonalność komunikacyjną (nawet wtedy, jeżeli działanie było regulowane przez normy)³⁸.

Ten stosunek do śmierci, zabijania, siły składa się na fundament wartości liberalnych. Wydaje się, że nietrudno wskazać na źródła tej liberalnej zdolności do empatii w indywidualnych i zbiorowych doświadczeniach mieszkańców Europy.

3. Zdolność do sprostania wyzwaniom

Zarazem programowe odrzucenie fizycznej (przede wszystkim) przemocy stawia społeczeństwa, które dokonały takiego wyboru, przed koniecznością postawienia pytania o relacje przemocy do celów – w ujęciu przemocy jako narzędzia realizacji funkcji. W tej perspektywie rozważamy przemoc w służbie:

- przywrócenia równowagi zakłóconej czynem i zemsty (indywidualnej lub zbiorowej) – kontekst kary śmierci;
- dążenia do osiągnięcia korzyści – kontekst podboju;
- obrony życia jednostki, grupy społecznej i zbiorowości oraz (podstaw istnienia i funkcjonowania) społeczeństwa – kontekst odparcia bezprawnego ataku.

W przypadku trzeciego stanu lub sytuacji mamy do czynienia między innymi z bezpośrednią reakcją na realne, konkretne i poważne zagrożenie lub z działaniem wyprzedzającym, gdy zachowanie (potencjalnie) stanowiące podkategorię selektywnej eliminacji nie jest przemocą skierowaną przeciwko sprawcy bezpośredniemu lub pośredniemu o charakterze *sui generis* kary = odpłaty, a działaniem zmierzającym do zapobiegnięcia przemocy z wykorzystaniem przemocy jako narzędzia. W przypadku takiego zabójstwa kierowanego (selektywna eliminacja jest eufemizmem, który zakłócając komunikację, ma uniemożliwić porozumienie):

³⁷ Tenże, *Teoria działania komunikacyjnego. Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, Warszawa 1999, t. I, s. 235–236.

³⁸ Tamże, s. 186.

- celem jest mózg – ramię, a nie dłoń – miecz;
- działanie nie jest odpłatą za czyny popełnione, a narzędziem prewencji szczególnej i ogólnej (w stosunku do takiej samej kategorii osób);
- działanie nie tylko chroni potencjalne ofiary, lecz także bezpośrednich sprawców przed odpowiedzialnością za zbrodnie;
- działa państwo, dopuszczając się czynu zabronionego, ale niebędącego czynem moralnie złym.

Pytanie o dopuszczalność takiego działania nie jest pytaniem prawniczym, mimo że regulacje (zarówno zakaz, jak i przyzwolenie i reżim wykonywania) powinny mieć charakter prawny. Pytanie jest oczekiwaniem na ponowne zmierzenie się z dylematem, czy dla zapobieżenia krzywdzie wolno pozbawić życia (szerzej: Tocqueville, Mill, Berlin, Hayek czy Grey), na rozważenie, w szerszym kontekście, wyzwania *wehrhafte Demokratie*³⁹ – zdolność *Streitbare Demokratie* – *die Wehrhaftigkeit der Demokratie*⁴⁰.

4. Selektywna eliminacja reakcją na wyzwanie

Selektywna eliminacja w praktyce państw prawnych o ustroju liberalno-demokratycznym nie jest celem samym w sobie. Państwa te nie są zorganizowanymi grupami przestępczymi i stosują selektywną eliminację reaktywnie⁴¹, a zarazem wyprzedzająco (zobacz dalej). Praktyka stosowania selektywnej eliminacji poddawana jest wszelkim procedurom demokratycznego państwa prawnego i jej stosowanie podlega zarówno kontroli, jak i nadzorowi. W tej sytuacji chcę rozważyć wyzwania, na które odpowiedzią jest selektywna eliminacja, oraz istotę jej samej.

³⁹ Patrz: O. Depenheuer, *Geniestreich „wehrhafte Demokratie”*, „Die Politische Meinung”, Marz 2008, nr 460, s. 15–18; www.kas.de/wf/doc/kas_13163-544-1-30.pdf? (dostęp: 1.09.2012).

⁴⁰ Synonimami angielskimi są terminy: „*militant democracy*”, „*democracy capable of defending itself*”. Patrz: K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, „American Political Science Review” 1937, vol. 31, no. 3, s. 417.

⁴¹ Reaktywnie, bo osoby poddane selektywnej eliminacji są sprawcami zbrodni – przestępstw o charakterze trwałym, wieloosobowych i wieloczynowych. Na temat tych kategorii zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 65 i 66.

Terroryzm jako wyzwanie dla selektywnej eliminacji

Państwa posługujące się selektywną eliminacją jako narzędziem realizacji polityki bezpieczeństwa wskazują na terrorystów jako cele osobowe selektywnej eliminacji, jednak mimo wielu regulacji prawnych i rozważań sama instytucja nie jest ani prawnie, ani prawniczo jednoznacznie zdefiniowana.

Terror: metoda albo cel

Metoda. Terrorem od wieków posługiwały się i mogą się posługiwać strony konfliktu zbrojnego, wykorzystując go jako metodę walki zbrojnej. Ta metoda i używane do jej realizacji środki walki zbrojnej (środki służące obniżaniu morale / wzbudzaniu strachu⁴²) same w sobie nie są ani zakazanymi metodami, ani zakazanymi środkami walki zbrojnej. W tym zastosowaniu terror musi być jednak poddany analogicznym do innych metod i środków walki zbrojnej ograniczeniom prawa międzynarodowego konfliktów zbrojnych. Bywał wykorzystywany i może być wykorzystywany jako metoda ograniczająca straty osobowe w konflikcie zbrojnym *de facto* chroni ludzi⁴³.

Cel. Ze skrajnie różnym terrorem mamy do czynienia w tych przypadkach, w których terror jest celem samym w sobie, zorganizowane grupy terrorystyczne szerzą strach, ranią i zabijają, atakując osoby i obiekty cywilne, odrzucając zakazujący tego system wartości. Zjawisko to zilustruję trzema przykładami, w warstwie podstawowej podobnymi; o tym podobieństwie decydują fakty, że negocjacje z dopuszczającymi się tych aktów nie są możliwe, bo nie posiadają oni żadnych celów politycznych⁴⁴. W przypadku tego typu terroryzmu państwo jest

⁴² Na przykład w czasie II wojny światowej miały miejsce przypadki nadawania głośnej muzyki bezpośrednio na linii frontu. Również niektóre typy broni w mniejszym stopniu powodowały straty materialne po stronie przeciwnika, a w większym stopniu lęk.

⁴³ W tym rozważaniu pomijam wzbudzanie strachu, obniżanie woli walki ludności cywilnej przed konfliktem zbrojnym w warunkach sporu międzynarodowego. Relatywnie świeże doświadczenia zimnej wojny wskazują, że możliwe jest jednostronne rozbrojenie moralne. To ono skłaniało szerokie kręgi społeczne w Europie Zachodniej do domagania się jednostronnego rozbrojenia nuklearnego u schyłku ery Breżniewa. Do tego terroru nie zaliczam oczywiście terroryzmu, na przykład włoskiego czy niemieckiego, który korzystając – co najmniej – ze wsparcia ZSRR, miał zburzyć struktury publiczne państw Europy Zachodniej.

⁴⁴ Ostro pogląd taki wypowiada Kranz; J. Kranz, dz. cyt., s. 83–85.

konfrontowane ze szczególnym zagrożeniem i bywa zmuszone do stosowania wyjątkowych środków.

11 września. Terroryzm towarzyszy ludzkości od zawsze. Atak z 11 września był nowy jedynie ze względu na użyte narzędzia i bezpośrednią – dzięki mediom – możliwość obserwowania aktu terroru, możliwość oddziaływania na miliardy ludzi na całym świecie. Można wręcz stwierdzić, że media „pomogły” zrealizować jeden z podstawowych celów terrorystów: upowszechniły zagrożenie i strach przed podstawową bronią terrorystów, wzmocniły więc siłę rażenia aktu terroru, niezależnie od zamiaru stały się pomocnikiem terrorystów. Te elementy wyczerpują nowość ataku z 11 września; nie ma on tej cechy w jakimkolwiek innym aspekcie – również jeśli chodzi o ilość ofiar. Atak wywołał tak silny oddźwięk dzięki spektakularnemu naruszeniu porządku światowego – zakazowi wojen prywatnych⁴⁵ i jednoznacznie – zakazowi prowadzenia wojny przeciwko celom i obiektom niewojсковym.

MS Achille Lauro. 7 października 1985 r. czterech terrorystów (członków Frontu Wyzwolenia Palestyny) kierowanych przez Abu Abbasa zaatakowało statek pasażerski MS Achille Lauro w trakcie rejsu turystycznego po Morzu Śródziemnym. Z zimną krwią zamordowali niepełnosprawnego (poruszającego się na wózku inwalidzkim) Leona Klinhoffera wyłącznie dlatego, że był Żydem. Ofiarą był niekombatant, lecz osoba objęta szczególną ochroną norm MPH (osoba niepełnosprawna), zaś wykonawcy świadomie i celowo dążyli do ludobójstwa, co jawnie deklarowali (acz ludobójstwo to miało formę usiłowania⁴⁶).

Entebbe. 27 czerwca 1976 r. terroryści z Ludowego Frontu Wyzwolenia Palestyny i Niemieckich Komórek Rewolucyjnych uprowadzili samolot pasażerki Air France z 248 osobami na pokładzie. Samolot został skierowany na lotnisko w Entebbe w Ugandzie, gdzie we współpracy z władzami przeprowadzono selekcję pasażerów i następnie zatrzymano pasażerów-Żydów. W trakcie porwania dwaj oficerowie armii ugandyjskiej w szpitalu Mulago (w Kampali) zamordowali 75-letnią Żydówkę Dorę Bloch. Atak terrorystów był atakiem na chroniony MPH

⁴⁵ Wyjątkiem są wojny toczone przez ruchy narodowowyzwoleńcze, względny, gdyż ruchy te zakładają, że po zwycięstwie przekształcą się w „normalne” instytucje państwowe.

⁴⁶ Patrz: art. 13 § 2 k.k.

obiekt cywilny – samolot, ofiarą była niekombatantka, zaś kryterium selekcji (wyboru) ofiary mordu było kryterium rasowe.

Te przypadki wskazują, że uniwersalne normy są kontestowane przez terrorystów i w konsekwencji selektywnej eliminacji w zupełności nie można wyłączyć jako metody walki z tym zjawiskiem⁴⁷. Każde państwo samodzielnie zobowiązane jest do walki z terroryzmem, stanowiącym jedno z podstawowych zagrożeń, z którymi konfrontowane są społeczeństwa. Obowiązek skutecznego toczenia tej walki jest nierozdzielną całością prowadzenia przez państwo polityki zapobiegania i przeciwdziałania zagrożeniom stwarzającym ryzyko dla przetrwania państwa. Arsenal środków będących do dyspozycji państwa w walce z terroryzmem jest częścią pełnego spektrum sposobów, które państwo może wykorzystać do obrony wartości podstawowej, jaką jest życie.

Państwo dysponuje zasobami ludzkimi i rzeczowymi umożliwiającymi wygrywanie bitew z terrorystami; acz nie każde z państw posiada środki adekwatne do potrzeb: środki te są zróżnicowane zależnie od jednostkowego potencjału zaangażowanego w bitwę państwa. Państwo jest wyposażone również w oręż prawny: prawo do skutecznej obrony limitowanej tylko zakazem ograniczania praw i wolności człowieka – terrorysty. Prawo to procedury i normy służące wykorzystaniu mechanizmów i instytucji państwa w skutecznej walce z terroryzmem i zapobiegające temu, by owocem walki z terroryzmem nie stał się terror walki. Państwa dysponują w prawie wewnętrznym szerokim arsenalem instrumentów pozwalających zapobiegać terrorystom, zwalczać ich i karać; są one – jak wskazują doświadczenia – adekwatne do zagrożeń. Skuteczność sprawnych państw w zapobieganiu terroryzmowi i jego karaniu jest wyższa niż w przypadku innych kategorii przestępczości pospolitej, o czym decydują środki przeznaczane do zwalczania terroryzmu⁴⁸.

Czynniki utrudniające uni- i multilateralne reagowanie na wyzwania terroryzmu są wielorakiej natury. Począwszy od niemożności

⁴⁷ Na przykład Hamas od wielu lat w formule ataków terrorystycznych atakuje ludność cywilną Izraela z wykorzystaniem rakiet kierowanych na obiekty cywilne i często wystrzeliwanych z użyciem żywych tarcz.

⁴⁸ Jedynie słabe państwa nie są w stanie wygrać bitwy z terrorystami, ale nie są one w stanie wygrać żadnej innej „bitwy” – państwa upadłe lub upadające nie są zdolne lub są zdolne co najwyżej w nader ograniczonym zakresie do wykonywania swoich funkcji, zarówno wewnętrznych, jak i zewnętrznych.

przenoszenia do zagrożeń terroryzmem arsenału klasycznych koncepcji i metod skutecznych w zapewnieniu pokoju w stosunkach międzynarodowych: nie można wewnętrznie ustabilizować systemu, na który składa się państwo i terroryści. Ten system nie jest klasycznym systemem dwustronnym, bo terroryści są siłą o charakterze agresywnym, nie można więc negocjować z nimi umów, bo ich żądania mają charakter kontrsystemowy. Równie trudno jest o współpracę wewnętrzną zagrożonych, potencjalnych ofiar terroryzmu, na co w sposób decydujący wpływa brak przekonania o niepodzielności bezpieczeństwa w tej sferze; konsekwencją tego jest brak solidarności ofiar. Zagrożeni terroryzmem powstrzymują się od wytworzenia koalicji defensywnej, zakładając, że terror „wyczerpie się” wcześniej, nim każdy naród będzie musiał bronić w walce wyznawanych przez siebie wartości. Mimo wielokrotnej praktycznej weryfikacji wskazującej, że strategia braku solidarności jest nieskuteczna, kolejni zagrożeni decydują się na nią, z góry ograniczając swoje szanse na minimalizację ofiar, przyzwalając terrorystom na stosowanie wobec potencjalnych ofiar taktyki salami⁴⁹.

Selektywna eliminacja

Selektywna eliminacja może i powinna być rozpatrywana w dwóch rozdzielnych wymiarach zależnych od celu, do którego jest wykorzystywana. Selektywna eliminacja może służyć do:

- ukarania sprawcy zbrodni;
- odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu na życie lub zdrowie człowieka (najważniejsze dobro chronione)⁵⁰ poprzez eliminację sprawcy czynu przysługującego⁵¹.

Jednak to rozdzielanie najczęściej nie ma miejsca. Różne podmioty nie robią tego z różnych powodów i w różnych okolicznościach.

⁴⁹ Francja przez wiele lat nie była przekonana do tego, że wojna z terroryzmem baskijskim jest wojną nie tylko hiszpańską. Wsparcie, między innymi przyzwolenie na zbiórki pieniężne, dla IRA pochodziło nie tylko z „krajów bandyckich”.

⁵⁰ Patrz: art. 25 § 1 polskiej ustawy – Kodeks karny.

⁵¹ Dobra są równej wartości; ratowane jest życie człowieka – poświęcone jest życie człowieka (szerzej: L. Gardocki, dz. cyt., s. 118 i n.).

Państwa posługujące się tą metodą walki zbrojnej przeważnie są bardzo wstrzemięźliwe w oficjalnych wypowiedziach na jej temat, często postępując zgodnie z zasadą operacji specjalnych „nigdy nie potwierdzać, zawsze zaprzeczać”. Celowo nie robią tego również oponenci selektywnej eliminacji (którzy, jak wskazałem wcześniej, zdominowali wszelkie debaty na temat użycia siły) – bo ułatwia to krytykę odrzucającej *a priori* praktyki lub ograniczonej kompetencji wielu (szczególnie lewackich i pacyfistycznych) ruchów społecznych.

Ukaranie sprawcy zbrodni. Taką funkcję selektywnej eliminacji należy jednoznacznie uznać za prawnie niedopuszczalną, za drastyczne naruszenie prawa. I ocena ta jest niezależna od stosunku do kary śmierci w porządku prawnym demokratycznych państw prawnych⁵². Decyduje o tym sprzeczność z prawem procedury decydowania – quasi-orzekania o jej przeprowadzeniu. Jednoznacznie można stwierdzić, że wskazana procedura narusza podstawowe wymogi prawa karnego materialnego, prawa karnego procesowego i prawa karnego wykonawczego. Waga tych reguł, obejmujących między innymi wyłączenie prawa sądu do orzekania o winie i karze w sprawach karnych, domniemanie niewinności oskarżonego w procesie karnym, jego prawo do obrony i obrońcy, kontradiktoryjność i bezpośredniość procesu karnego oraz prawo do wieloinstancyjności (możliwości odwołania się od wyroku), jest potwierdzona w porządku prawnym państw uznających się za cywilizowane (czyli akceptujące wspólne dla wszystkich narodów instytucje i normy prawa). Z istoty swojej procedura decydowania o selektywnej eliminacji nie respektuje żadnej z tych reguł, nawet w stopniu minimalnym. Minimalne zaś wymogi prawa oskarżonego w procesie karnym wyraziła formuła: „źle zatrzymany – dobrze osądzony”⁵³; kiedy w przypadku porwanego i postawionego przed amerykańskim sądem pod zarzutem handlu narkotykami, wymuszeń haraczu i prania brudnych pieniędzy Manuela Noriega⁵⁴ sądy uznały niedopuszczalność odstępstw

⁵² Jak wskazałem, amerykański porządek prawny tę karę dopuszcza; izraelski jednoznacznie i absolutnie, od zarania państwowości, odrzucił.

⁵³ Należy to utożsamiać z sądowym (sędziowskim) wymiarem kary (patrz L. Gardocki, dz. cyt., s. 177 i n.).

⁵⁴ Eksprzywódca Panamy został zatrzymany jako jeńiec wojenny, a następnie uprowadzony do USA w 1989 r. w wyniku amerykańskiej inwazji *Operation Just Cause* i skazany w 1992 r. na 40 lat pozbawienia wolności.

od fundamentalnych dla procesu karnego reguł. Nie można również zapomnieć o takich wymogach (wspólnych dla wszystkich systemów prawnych państw cywilizowanych) prawa karnego materialnego jak zasada humanitaryzmu odnosząca się do stosowania kar⁵⁵ i ogólne dyrektywy zasady wymiaru kary⁵⁶.

Odparcie bezpośredniego, bezprawnego zamachu na życie lub zdrowie człowieka poprzez eliminację sprawcy czynu przyszłego. Atak terrorystyczny w pełni wyczerpuje definicyjne przedmiotowe znamiona agresji⁵⁷ określone przez Zgromadzenie Ogólne w Rezolucji 3314 uchwalonej⁵⁸ 14 grudnia 1974 r. i w art. 8 bis Statutu Rzymskiego MTK; przesądza to o prawie państwa do samoobrony w reakcji na taki akt⁵⁹. Rozszerzenie zakresu podmiotowego definicji zbrodni agresji jest zgodne z prawem zwyczajowym⁶⁰ oraz Rezolucją RB ONZ 1368 (2001) z 12 września 2001 r., w której RB uznała, że atak terrorystyczny pogwałcił międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo⁶¹ i państwo-ofiara jest uprawnione do samoobrony wszelkimi środkami⁶². To prawo do samoobrony, zmodyfikowane w zakresie podmiotowym w stosunku do klasycznego modelu Grotiusa, jest prawem niezbywalnym⁶³. Prawo może być wykonywane do odparcia zagrożenia bezpośredniego, gdy konieczne jest działanie natychmiastowe w odpowiedzi⁶⁴ na sytuację zagrożenia atakiem⁶⁵ ze strony sprawcy, który wcześniej dopuścił się agresji. Kwestia selektywnej eliminacji o tym charakterze nie jest bezpośrednio uregulowana

⁵⁵ W Polsce formułuje ją art. 3 k.k.

⁵⁶ Zob. rozdz. VI polskiego k.k.

⁵⁷ Jedynym wyjątkiem jest kwestia podmiotu – art. 1 Rezolucji, gdyż terroryści nie są państwem.

⁵⁸ Uchwała została podjęta poprzez *consensus*.

⁵⁹ Patrz Rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ 1846 (2008).

⁶⁰ Kazus „Caroline”.

⁶¹ Analogicznie RB zaklasyfikowała czyn w Rezolucji 1373 (2001) z 29.09.2001 r.

⁶² Zob. również: *Statement* Rady NATO z 12.09.2001 r.

⁶³ H. Grotius, *Trzy księgi o prawie wojny i pokoju*, ks. II, rozdz. 1, pkt II–V, VII, XI, XII, XVI.

⁶⁴ Jest to odpowiedź łącząca w sobie *prevention* z *preemption*; R. Kupiecki, dz. cyt., s. 61 i n.

⁶⁵ Grocjusz podaje przykład gladiatora, który „wyprzedzająco” zabija. Skonfrontować należy pogląd klasyczny wyrażony przez O. Schachtera (*The Right of States to Use Armed Force*, „Michigan Law Review” 1984, vol. 82, s. 1633–1635) i M. W. Doyle’a (*Striking First: Preemption and Prevention in International Conflict*, Princeton 2008, s. 46–64).

prawem stanowionym⁶⁶, nie oznacza to jednak, że prawo nie nadaje się do regulowania takich czynów, że są one z samej definicji *out of law*. Selektywna eliminacja musi spełniać kryteria legitymizacji (określonej formułą Webstera) w ramach MPH, a dyrektywą generalną, której winna być podporządkowana jako metoda walki zbrojnej, powinna być klauzula Martensa. Mimo że brak jest kompletnych informacji na temat procedur decydowania o selektywnej eliminacji, to zarówno w USA, jak i w Izraelu każdy przypadek użycia broni poprzedzony jest *Battle Damage Assessment*; w trakcie tej procedury określone zostają, po konsultacji z prawnikami, specjalistami prawa wojennego, wszystkie parametry operacji i z tego punktu widzenia selektywna eliminacja nie różni się od innych działań wojskowych⁶⁷.

Podsumowanie

Selektywna eliminacja – stosunek do niej – to nie jedyny przypadek, w którym obrona wartości nie może być ograniczana do działań sanitariuszki niosącej rannym pomoc na polu walki, musi przybierać formę walki żołnierza posługującego się siłą w konflikcie zbrojnym. W przypadku selektywnej eliminacji jesteśmy bezpośrednio konfrontowani z diabelską alternatywą: albo śmierć jednostki po stronie grupowego sprawcy agresji przy ograniczeniu ilości ofiar po stronie zaatakowanego i (paradoksalnie, bo wybrany jest indywidualny cel) agresora, albo znacząco większa ilość ofiar po każdej ze stron. Nie można i nie należy takich rozważań prowadzić w próżni etycznej czy moralnej, jednak dyrektywą postępowania w odniesieniu do tej alternatywy jest fundamentalna zasada etyki brzmiąca: „Nie będziesz bez dobrego powodu zadawał cierpienia”⁶⁸.

⁶⁶ Nie wszystkie zjawiska związane z użyciem siły są uregulowane. Szerzej: A. D. Rotfeld, *Rethinking the Contemporary Security System*, [w:] *SIPRI Yearbook 1999, Armaments, Disarmament and International Security*, London 1999, s. 3–5.

⁶⁷ Zob. rozmowa z R. C. Arkinem: *Etyka zabijania, czyli wszystko o robotach bojowych*, „Gazeta Wyborcza”, 20.07.2012, s. 18 i 19.

⁶⁸ Sformułował ją Peter Singer (patrz: *Rozmowa Magazynu Świątecznego*, „Gazeta Wyborcza”, 21–22.07.2012, s. 16).

SELEKTYWNA ELIMINACJA W MIĘDZYNARODOWYM PRAWIE HUMANITARNYM

TARGETED KILLING IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

The aim of the paper is to address the question of legality of targeted killings in the light of international humanitarian law applicable during armed conflicts. The author presents the most important principles of this branch of international law, i.e. the principle of distinction and the principle of proportionality, applied when attacking a legitimate military objective. The principles help the author to tackle the aforementioned issue. According to the current state of international humanitarian law, it seems that the targeted killing of combatants and civilians directly participating in active hostilities (with regard to the latter only for the time they so participate) is legal. However, it should be applied as a means of last resort.

key words: targeted killing, international humanitarian law, principle of distinction, principle of proportionality, a combatant, a civilian directly participating in active hostilities

Wstęp

Po atakach terrorystycznych z 11 września 2001 r. zaczęto się ponownie zastanawiać nad odpowiedzią na zagrożenie ze strony terrorystów. Jedną z takich odpowiedzi miała być praktyka selektywnej

eliminacji, praktyka nienowa, gdyż stosowana przez Izrael oraz USA na długo przed 2001 r. Należy zauważyć, że żaden traktat z dziedziny prawa międzynarodowego nie zawiera definicji selektywnej eliminacji. Jest ona produktem szarej strefy między wojną a pokojem¹. Bardziej niż jakakolwiek inna taktyka antyterrorystyczna selektywna eliminacja unaocznia tarcie pomiędzy odpowiedzią na terroryzm jako zbrodnię oraz na terroryzm jako wojnę².

1. Co to jest selektywna eliminacja?

W języku polskim można się spotkać z tłumaczeniem terminu „*targeted killing*” jako selektywna eliminacja. W zasadzie tłumaczenie to dobrze oddaje istotę tego pojęcia. Nie jest ono jednak przyjmowane bez kontrowersji, gdyż – jak zauważył J. Menkes – jest to eufemizm, a termin „*targeted killing*” należałoby przetłumaczyć jako zabójstwo kierowane lub zabójstwo celowane³. Selektywna eliminacja oznacza eliminowanie pojedynczych osób (na przykład podejrzanych o terroryzm, kombatanatów w międzynarodowym konflikcie zbrojnym) przy użyciu różnych środków. Współczesna technologia umożliwia wykorzystanie coraz to nowocześniejszych środków, takich jak na przykład bezzałogowe statki powietrzne (tak zwane drony). Może to jednak być także strzał snajpera, bomba zrzucona z helikoptera czy trucizna⁴. Należy od razu zaznaczyć, że selektywna eliminacja może być stosowana w warunkach konfliktu zbrojnego oraz w warunkach pokoju. Konsekwentnie w jednym i drugim przypadku prawo mające zastosowanie i określające legalność selektywnej eliminacji będzie inne. W pierwszej kolejności należy więc

¹ Ch. Downes, *Targeted Killings' in an Age Of Terror: The Legality of the Yemen Strike*, „Journal of Conflict & Security Law” 2004, vol. 9, nr 2, s. 280.

² G. Blum, P. Heymann, *Law and Policy of Targeted Killing*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 1, s. 145.

³ Uwagi J. Menkesa wygłoszone podczas V konferencji naukowej MPH w Gdyni 18.05.2012 r.

⁴ Więcej na temat tak zwanych dronów, czyli samolotów bezzałogowych zobacz: R. J. Vogel, *Drone Warfare and the Law of Armed Conflict*, „Denver Journal of International Law & Policy” 2010–2011, vol. 39, s. 101–138.

określić stan, z którym mamy do czynienia – czy jest to stan pokoju, czy też konfliktu zbrojnego.

2. Międzynarodowe prawo humanitarne

Międzynarodowe prawo humanitarne stosuje się do konfliktów zbrojnych: międzynarodowych i niemiędzynarodowych. Poniższe uwagi odnoszą się będą głównie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych, ale w części zostaną także uzupełnione o pewne kwestie mające zastosowanie w konfliktach niemiędzynarodowych.

Podstawową zasadą międzynarodowego prawa humanitarnego jest zasada rozróżniania, zgodnie z którą strony konfliktu mają obowiązek odróżniać osoby cywilne od kombatanów i nie atakować tych pierwszych, ale także celów wojskowych, jeśli jest prawdopodobne, że taki atak spowoduje śmierć osób cywilnych lub straty nadmierne w porównaniu z oczekiwaną korzyścią wojskową (zasada proporcjonalności). W doktrynie dominuje pogląd, że kombatan ci są celem ataku przez cały czas i w każdym miejscu. Wynika to z ich formalnego statusu. Nie ma znaczenia, czy użyta zostanie w tym celu broń palna, czy dron. W zasadzie prawo humanitarne nie określa sytuacji, w których można zabić kombatan ta. Wskazuje jednak w tym względzie na pewne ograniczenia. Art. 23 (b) Regulaminu haskiego z 1907 r. zabrania zabijania i ranienia zdradziecko osób należących do ludności lub do wojsk nieprzyjaciela⁵, czyli zabójstwa za pomocą podstępnych środków i metod⁶. Pewne zakazy płyną również z art. 37 Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r. (Protokół I). Przepis ten nie zabrania atakowania kombatan tów, lecz używania podstępnych, wiarołomnych metod, na przykład udawania osoby cywilnej lub woli poddania się. W tym samym

⁵ IV Konwencja haska o prawach i zwyczajach wojny na lądzie z załączonym do niej Regulaminem praw i zwyczajów wojny na lądzie z 18.10.1907 r. (Dz.U. z 1927 r. Nr 21 poz. 161).

⁶ Na przykład: H. A. Wachtel, *Targeting Osama Bin Laden: Examining the Legality of Assassination as a Tool of U.S. Foreign Policy*, „Duke Law Journal” 2005–2006, vol. 55, s. 686.

Protokole w art. 41 jest zapisane, że „osoba, która została uznana lub w danych okolicznościach powinna być uznana za wyłączoną z walki, nie może być przedmiotem ataku”⁷. Z kolei osobą wyłączoną z walki jest osoba: 1) która znajduje się we władzy strony przeciwnej; 2) która wyraźnie wyraża wolę poddania się lub 3) która utraciła świadomość albo jest w stanie niesprawności z powodu ran czy choroby i wskutek tego nie może się bronić, pod warunkiem że we wszystkich tych przypadkach powstrzymuje się ona od jakiegokolwiek działania wrogiego i nie próbuje uciekać⁸.

Przepisy te nie zmieniają więc podstawowej normy międzynarodowego prawa humanitarnego, zgodnie z którą kombatant jest legalnym celem ataku. Można w tym miejscu przywołać również Deklarację w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru, tak zwaną Deklarację petersburską z 1868 r.: „[...] jedynym legalnym celem, jaki państwa winny sobie stawiać w czasie wojny, jest osłabienie sił zbrojnych nieprzyjaciela, [...] w tym celu wystarczy możliwie największą liczbę ludzi uczynić niezdolnymi do walki [...]. Używanie broni, która by [...] spowodowała nieuchronnie ich śmierć, prowadziłoby poza ten cel; [...] więc używanie podobnej broni byłoby sprzeczne z prawami ludzkości”⁹. Na tej podstawie można uznać, że nawet w odniesieniu do kombatantów prawo ich zabicia (wyeliminowania) nie jest absolutne i jest regulowane zasadą konieczności wojskowej. Wydaje się, że dopiero z braku innego rozwiązania można zabić kombatanta, zgodnie z zasadą, że można użyć siły koniecznej do osiągnięcia celu wojskowego, przestrzegając zasady humanitaryzmu. Znajduje tu zastosowanie zasada proporcjonalności w zakresie używanych środków – siłę śmiertelną należy zastosować w ostateczności. Można więc uznać, że nawet w odniesieniu do kombatantów w niektórych przypadkach selektywna eliminacja jest nielegalna, bo narusza międzynarodowe prawo humanitarne. Łamie ona art. 4 i 5 III Konwencji genewskiej, pozbawiając osobę będącą celem selektywnej eliminacji prawa do żądania statusu jeńcy wojennego. Należy zauważyć, że jest wyraźna różnica między

⁷ Art. 41 PD I.

⁸ I Protokół dodatkowy do konwencji genewskich dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8.06.1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175, zał.).

⁹ *Deklaracja petersburska*, [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzup. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), Warszawa 2003, s. 173–174.

sytuacją na polu walki, gdzie kombatanci mają możliwość poddania się (na przykład składając broń lub ostentacyjnie powiewając białą flagą), a planem mającym na celu wyeliminowanie kombatanta bez takiej możliwości (z czym mamy do czynienia w przypadku selektywnej eliminacji; trudno w tym przypadku mówić nawet o zaskoczeniu). Nie oceniając tego w tym miejscu, należy zauważyć, że póki co stwierdzenie takie jest w dużej mierze raczej postulatem mającym charakter *de lege ferenda*, przyjętym pod wyraźnym wpływem prawa praw człowieka. W rezultacie konkretna operacja militarna wymagająca użycia siły zbrojnej może (powinna) być oceniana nie tylko w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, ale także na ocenę tę wpływ może (powinno) mieć prawo międzynarodowe praw człowieka. Należy również zaznaczyć, że z reguły na polu walki zabicie kombatanta jest praktycznie zawsze uzasadnione i legalne.

W tym miejscu pojawia się problem określenia statusu osób, które podejmują działania wojenne lub działania terrorystyczne, a nie mają statusu kombatanta, na przykład członków Al-Kaidy. Czy w tej sytuacji w grę wchodzi status osoby cywilnej biorącej bezpośredni udział w działaniach zbrojnych? Zgodnie z art. 51 (3) I Protokołu dodatkowego osoby cywilne nie korzystają z ochrony, jeżeli uczestniczą bezpośrednio w działaniach zbrojnych, przez czas trwania takiego uczestnictwa. W jednym i w drugim przypadku osoby takie są wtedy legalnym celem ataku. Nie wystarczy jednak określenie ich tylko jako terrorystów. Status nielegalnego kombatanta – jako nieprzewidziany w prawie humanitarnym – również nie jest właściwy¹⁰.

Jeżeli uznamy, że osoby podejrzane o terroryzm nie mają w danym przypadku prawa do statusu kombatanta (uregulowanego w art. 4 III Konwencji genewskiej i 43/44 I Protokołu dodatkowego), a są osobami cywilnymi uczestniczącymi bezpośrednio w działaniach zbrojnych, to należy odpowiedzieć na pytanie, co składa się na takie uczestnictwo. Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych oznacza podejmowanie aktów wojennych, które przez swą naturę lub cel mogą spowodować rzeczywistą szkodę osobom lub materiałom należącym do nieprzyjacielskich sił zbrojnych¹¹, między innymi użycie broni w celu

¹⁰ Więcej na ten temat: A. Szpak, *Status prawny zatrzymanych w Guantanamo Bay*, Toruń 2007.

¹¹ Tak: Komentarz MKCK do I Protokołu dodatkowego, par. 942; dostępny na stronie: www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView (dostęp: 1.09.2012).

popęlnienia aktów przemocy przeciwko siłom zbrojnym (na przykład zabicie kombatanta) lub podejmowanie aktów sabotażu. Należy podkreślić, że ocena faktu bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych zależy od okoliczności każdej sprawy i powinna być badana *ad casum*¹². Sam fakt bycia członkiem grupy podejmującej działania terrorystyczne nie oznacza, że osoba cywilna bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych¹³. Tytułem uzupełnienia należy wskazać jeszcze inne przykłady bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Na przykład M. N. Schmitt wymienia noszenie lub używanie broni, uczestniczenie w walce zbrojnej, ataki na wrogi personel wojskowy, ataki na własność lub wyposażenie nieprzyjaciela, przekazywanie informacji o znaczeniu wojskowym do natychmiastowego wykorzystania przez stronę wojującą, transportowanie broni w pobliżu prowadzonych operacji militarnych, wykonywanie funkcji strażnika lub pracownika wywiadu. Z kolei przykłady pośredniego udziału w działaniach zbrojnych obejmują sprzedawanie dóbr jednej ze stron konfliktu, sympatyzowanie z jedną ze stron konfliktu, dostarczanie żywności jednej ze stron konfliktu, zbieranie i przekazywanie informacji o znaczeniu wojskowym, transportowanie broni i amunicji, dostarczanie wyspecjalizowanych porad odnośnie wyboru personelu militarnego, szkolenie personelu¹⁴.

Do ciekawych wniosków doszedł Sąd Najwyższy Izraela (*High Court of Justice*) w orzeczeniu w sprawie *targeted killings* z dnia 14 grudnia 2006 r. Sąd stwierdził, że **za osoby biorące bezpośredni udział w działaniach zbrojnych należy uznać także te, które wydały rozkaz ataku i go zaplanowały**. Jako takie będą się więc kwalifikowały osoby planujące ataki terrorystyczne, podejmujące decyzje o ich podjęciu i rekrutujące terrorystów, pod warunkiem że odbywa się to w ramach konfliktu zbrojnego¹⁵. Z poglądem przedstawionym

¹² M. N. Schmitt, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, „The International Law and Politics” 2010, nr 42, s. 705.

¹³ D. Kretzmer, *Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, „European Journal of International Law” 2005, nr 2, s. 192.

¹⁴ M. N. Schmitt, dz. cyt., s. 707.

¹⁵ Podano za: M. Lesh, *The Public Committee Against Torture in Israel v. the Government of Israel. The Israeli High Court of Justice Targeted Killing Decision*, „Melbourne Journal of International Law” 2007, vol. 8, s. 384. Zob. też: W. J. Fenrick, *The Targeted Killings. Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities*, „Journal of International Criminal Justice” 2007, nr 5, s. 332–338; A. Cassese, *On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings*, „Journal of International

w tym orzeczeniu nie zgodził się A. Cassese, który przyjmuje wąską interpretację terminu „bezpośredni udział w działaniach zbrojnych”, zgodnie z którą utrzymanie rozróżnienia na osoby cywilne i kombatanatów wymaga, aby w jak najmniejszej liczbie sytuacji było możliwe atakowanie osób cywilnych uznawanych za biorące bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Osoby takie mogą być atakowane tylko wtedy, kiedy rzeczywiście walczą; w momencie gdy złożą broń, nie mogą być już celem ataku. Ponadto osoby cywilne jawnie noszące broń przed rozpoczęciem ataku (to jest bezpośrednim udziałem w działaniach zbrojnych) oraz osoby podejrzane o akty terrorystyczne ukrywające przy sobie ładunki wybuchowe, niestosujące się do wezwania pokazania, że są osobami cywilnymi niemającymi przy sobie żadnej broni czy materiałów wybuchowych, również mogą być atakowane. W konsekwencji poza tymi przypadkami stosowanie selektywnej eliminacji oznacza atakowanie osób cywilnych, które nie biorą bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, i jako takie jest nielegalne. W moim przekonaniu należy się przychylić do opinii sędziego Cassesego.

Należy podkreślić, iż fakt, że osoby cywilne w pewnym momencie bezpośrednio uczestniczą w walce, nie powoduje utraty przez nie ich statusu i ochrony raz na zawsze. Jeżeli złożą broń bądź, nie mając więcej środków do obrony, poddadzą się, nie mogą być atakowane¹⁶.

Poza tym, że jak wspomniano, selektywna eliminacja może być sprzeczna z zasadą rozróżniania, to może również naruszać inne fundamentalne zasady międzynarodowego prawa humanitarnego, takie jak zasady konieczności i proporcjonalności w ataku na legalny cel wojskowy, a w konsekwencji może być ona nielegalna. Przy selektywnej eliminacji należy badać, czy przy ataku na legalny cel wojskowy nie narusza ona zasady proporcjonalności, która łączy w sobie zasadę humanitarnego traktowania i zasadę konieczności wojskowej. Zgodnie z regułą proporcjonalności, mimo że co do zasady dany atak na obiekt wojskowy jest legalny, to należy go zaniechać, gdy wywoła on lub można oczekiwać, że wywoła nadmierne straty w życiu ludzkim lub szkody w dobrach

Criminal Justice” 2007, nr 5, s. 339–345; R. S. Schondorf, *The Targeted Killings Judgment. A Preliminary Assessment*, „Journal of International Criminal Justice” 2007, nr 5, s. 301–309.

¹⁶ Tak również: K. Dormann, *The Legal Situation of „Unlawful/Unprivileged Combatants”*, „IRoRC” 2003, nr 85, s. 72–73.

o charakterze cywilnym, tym samym prowadząc do kwalifikacji danego ataku jako nielegalnego. Jednym z bardzo jaskrawych przykładów naruszenia zasady proporcjonalności była selektywna eliminacja jednego z przywódców zbrojnego ramienia Hamasu – Salaha Shehadeha. Razem z nim zostało zabitych 16 innych osób, z których 15 było osobami cywilnymi, w tym dziewięć dzieci (jedno należało do Shehadeha) i żona Shehadeha. Tysiące osób zostało rannych, a wszystko to w wyniku zrzućenia bomby na pomieszczenie, w którym znajdował się cel, w gęsto zaludnionym obszarze w strefie Gazy¹⁷.

Przeprowadzając operacja selektywnej eliminacji należy podjąć wszelkie środki ostrożności. Organy przeprowadzające selektywną eliminację mają obowiązek sprawdzić, czy działają na podstawie prawdziwych informacji wywiadowczych; organy takie nie mogą działać bez pewności, że cel znajduje się w miejscu poddanym atakowi lub też że znajduje się w nim w danym czasie. Konsekwencją tego jest ogromne ryzyko nadużyć.

Sytuację dodatkowo komplikuje używanie terminu „wojna z terroryzmem”. Czy zgodne z prawem jest wyeliminowanie przez USA (powołujące się na stan wojny z terroryzmem) przy użyciu dronów osoby podejrzanej o działania terrorystyczne znajdującej się w Pakistanie albo w Jemenie?¹⁸ W tym miejscu należy odpowiedzieć na pytanie, jak rozumieć ten termin. Jest to metafora, taka sama jak wojna z głodem, wojna z ubóstwem ogłoszona przez prezydenta Johnsona czy też wojna z narkotykami ogłoszona z kolei przez prezydenta Reagana¹⁹.

¹⁷ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 172 (przypis 6).

¹⁸ Dla przykładu: w listopadzie 2002 r. amerykański samolot bezzałogowy (tak zwany dron) zabił w Jemenie jednego z przywódców Al-Kaidy Qaeda Salima Sinana al-Harethi. Razem z nim zabitych zostało pięć innych osób (rzekomo również podejrzanych o terroryzm). Wskazuje się, że był to pierwszy znany przypadek użycia takich środków poza Afganistanem i stanowił odejście od wcześniej stosowanej przez USA praktyki zatrzymań i aresztowań osób podejrzanych o terroryzm poza teatrem działań zbrojnych w Afganistanie.

¹⁹ Tak również: A. S. Weiner, *Law, Just War, and the International Fight Against Terrorism: Is It War?, Center on Democracy, Development, and the Rule of Law*, „Stanford Institute on International Studies” 2005, nr 47, dostępne na stronie: www.iis-db.stanford.edu/pubs/20962/Weiner_sep05.pdf, s. 6 (dostęp: 15.03.2010); P. Kooijmans, *Is There a Change in the Ius ad Bellum and, if so, What Does it Mean for the Ius in Bello?*, [w:] L. Lijnzaad, J. van Sambeek, B. Tahzib-Lie [red.], *Making the Voice of Humanity Heard. Essays on Humanitarian Assistance and International Humanitarian Law in Honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands*, Leiden–Boston, 2004, s. 232; W. S. Heinz, J.-M. Arend, *The International Fight*

Wszystkie one będą prawdopodobnie toczone w nieskończoność. Niektóre elementy tak rozumianej wojny z terroryzmem stanowią konflikty zbrojne – międzynarodowe lub niemające charakteru międzynarodowego. W tej swej części są regulowane przez międzynarodowe prawo humanitarne²⁰. S. Keller słusznie wskazuje, że wypowiedzenie wojny czemuś, co samo nie może wojny prowadzić (jak terroryzm, bieda, faszyzm), oznacza zwyczajnie bardzo silną negatywną ocenę tego zjawiska²¹.

Źródła międzynarodowego prawa humanitarnego mającego zastosowanie w międzynarodowych konfliktach zbrojnych, takie jak Regulamin haski z 1899 i 1907 r. oraz konwencje genewskie z 1929 r., odwołują się do tradycyjnej koncepcji wojny, podczas gdy III Konwencja genewska z 1949 r. mówi o konflikcie zbrojnym²². Zgodnie z art. 2 (1) wspólnym dla czterech konwencji genewskich międzynarodowy konflikt zbrojny ma miejsce, gdy dochodzi do wrogich działań zbrojnych (*hostilities*) między co najmniej dwoma stronami Konwencji. Tak więc międzynarodowy konflikt zbrojny jest synonimem konfliktu państwowego. Komentarz MKCK mówi, że międzynarodowy konflikt zbrojny zachodzi w sytuacji, gdy między dwoma państwami powstają

against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament, Berlin 2005, s. 30.

²⁰ Zob. również na temat określenia stron w konflikcie zbrojnym: G. Rona, *Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the „War on Terror”*, „Fletcher Forum of World Affairs” 2003, nr 27, s. 60. Podobnie Amnesty International uważa, że „[a] war mentality is dangerous for human rights when a government extends the war framework to cover areas that should appropriately be addressed by law enforcement measures, and even then claims that existing laws of war do not cover this »new paradigm«. Amnesty International does not believe that the so-called »war on terror« mandates a new legal framework. The territories and the circumstances in which the confrontation with al-Qaida or others actually takes place determine the applicable legal regime, within the existing framework of international human rights and humanitarian law. The US administration’s refusal to recognize this has fed its willingness to countenance the ill-treatment of detainees in the »war on terror«”. Zobacz: *Report Amnesty International, USA: Human dignity denied. Torture and accountability in the „war on terror”* (2004), strona internetowa Amnesty International: www.amnesty.org/en/library/info/AMR51/145/2004, s. 9 (dostęp: 15.02.2011).

²¹ S. Keller, *On What Is the War on Terror?*, [w:] T. Shanahan [red.], *Philosophy* 9/11. *Thinking about the War on Terrorism*, Chicago 2005, s. 54–55.

²² Na temat koncepcji wojny we współczesnym prawie międzynarodowym zob. Ch. Greenwood, *The Concept of War in Modern International Law*, „International & Comparative Law Quarterly” 1987, nr 36.

różnice prowadzące do interwencji sił zbrojnych²³. Tak więc konflikt w Afganistanie, jak również późniejszy w Iraku są regulowane przez konwencje haskie i genewskie.

Jednak zwolennicy terminu „wojna z terroryzmem” wskazują, że oznacza on nowy rodzaj wojny, której dotąd nie prowadzono, a w konsekwencji mamy do czynienia z nowym rodzajem osób ujętych na polu walki. Obowiązujące normy prawa humanitarnego, choć mogą stanowić pewne wskazówki – zdaniem tych zwolenników – nie są już wystarczające²⁴. Mimo że w prawie międzynarodowym są jednak sytuacje z natury skomplikowane, to często są one niepotrzebnie komplikowane przez decydentów politycznych i prawników będących na ich usługach²⁵.

Konkludując: międzynarodowe prawo humanitarne ma zastosowanie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych, jak te w Afganistanie

²³ Komentarz MKCK do III Konwencji genewskiej, dostępny na stronie: www.icrc.org/ihl.nsf/CONVPRES?OpenView, s. 23 (dostęp: 1.09.2012).

²⁴ Na przykład wypowiedź sekretarza obrony D. Rumsfelda: „*DoD News Briefing – Secretary Rumsfeld and Gen. Myers (8 lutego 2002 roku) – When the Geneva Convention was signed in the mid-20th century, it was crafted by sovereign states to deal with conflicts between sovereign states. Today the war on terrorism, in which our country was attacked by and is defending itself against terrorist networks that operate in dozens of countries, was not contemplated by the framers of the convention*”; strona internetowa Departamentu Obrony USA: www.defenselink.mil/transcripts/2002/to2082002_to208sd.html (dostęp: 21.01.2008). S. R. Ratner wskazuje na dwa istotne moim zdaniem nieporozumienia w kontekście głosów o niewystarczających uregulowaniach i potrzebie rewizji konwencji genewskich. Jako takie nieporozumienie (błąd) wymienia tezę, że w międzynarodowym prawie humanitarnym występuje luka w stosunku do wojny z terrorem, oraz tezę, że paradygmaty walki i kombatantów są przestarzałe. Bardziej szczegółowo zob. S. R. Ratner, *Revising the Geneva Conventions to Regulate Force by and Against Terrorists: Four Fallacies*, „IDF Law Review” 2003, nr 1.

²⁵ Tak również: Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża – *The Relevance of IHL in the Context of Terrorism*, pkt 1 (oficjalne oświadczenie dostępne na stronie: www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/terrorism-ihl-210705; dostęp: 1.09.2012); E.-Ch. Gillard, *The Complementary Nature of Human Rights Law, International Humanitarian Law and Refugee Law*, [w:] M. N. Schmitt, G. L. Beruto [red.], *Terrorism and International Law: Challenges and Responses*, San Remo 2003, s. 55; A. McDonald, *Terrorism, Counter-Terrorism and the Jus in Bello*, [w:] Tamże, s. 63; N. McDonald, S. Sullivan, *Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the „War on Terror”*, „Harvard Journal of Law and Public Policy” 2003, nr 44, s. 306; G. Rona, *Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the „War on Terror”*, „Fletcher Forum of World Affairs” 2003, nr 27, s. 58.

czy Iraku. Nie ma już jednak zastosowania do przypadków selektywnej eliminacji dokonywanej poza ramami konfliktu zbrojnego. W takich sytuacjach zastosowanie znajduje międzynarodowe prawo praw człowieka. Nie ma próżni prawnej.

W przypadku wewnętrznych konfliktów zbrojnych zgodnie z zasadą 1 Studium Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża na temat zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego należy rozróżniać osoby cywilne od kombatantów (nie w formalnym znaczeniu, gdyż w wewnętrznych konfliktach zbrojnych nie obowiązuje status kombatanta, lecz w rozumieniu osób aktywnie uczestniczących w walkach zbrojnych, walczących). Ataki mogą być kierowane tylko przeciwko takim kombatantom²⁶. Art. 13 (2) II Protokołu dodatkowego zakazuje atakowania osób cywilnych oraz ludności cywilnej, w pełnej zgodzie ze wskazaną wyżej zasadą²⁷. Zasada proporcjonalności w ataku również znajduje zastosowanie do wewnętrznych konfliktów zbrojnych, gdyż odzwierciedla prawo zwyczajowe (tak: zasada 14 Studium MKCK)²⁸. W konsekwencji uznania zasady rozróżniania za mającą zastosowanie w konfliktach zbrojnych niemających charakteru międzynarodowego można przyjąć, że pociąga to za sobą zastosowanie pozostałych wspomnianych przepisów i że – analogicznie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych – w przypadku niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych selektywną eliminację także można uznać za nielegalną.

Podsumowanie

Zasady zastosowania selektywnej eliminacji w warunkach konfliktu zbrojnego można podsumować następująco:

- selektywna eliminacja musi być konieczna dla osiągnięcia zamierzonej korzyści wojskowej;
- selektywna eliminacja może mieć jako swój cel tylko legalny cel wojskowy, to jest kombatantów, walczących (ta druga kategoria w konfliktach wewnętrznych) lub osoby cywilne, które biorą

²⁶ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge 2005, s. 3–8.

²⁷ II Protokół dodatkowy dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175, zał.).

²⁸ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, dz. cyt., s. 46–50.

bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, przez czas brania takiego udziału;

- nie można przeprowadzać selektywnej eliminacji lub rozpoczęcia operację należy przerwać, kiedy wiadomo lub można się spodziewać, że wywoła ona straty w życiu ludzkim wśród osób cywilnych lub straty we własności cywilnej nadmierne w porównaniu z oczekiwaną bezpośrednią korzyścią wojskową, czyli gdy naruszy zasadę proporcjonalności.

Należy jeszcze wskazać na wspomniany postulat, zgodnie z którym prawo do zabicia kombatanta nie powinno być prawem absolutnym, lecz realizowanym w ostateczności, zgodnie z zasadami konieczności i proporcjonalności w użytej sile.

Odnosząc się do niejasności w traktowaniu odpowiedzi na terroryzm jako zbrodni czy wojny, w moim przekonaniu do osób podejrzanych o działalność terrorystyczną powinno znaleźć zastosowanie prawo regulujące środki i służby egzekwowania prawa (przede wszystkim policja i służby pokrewne oraz współpraca międzynarodowa w sprawach karnych – czyli należy traktować terroryzm jako zbrodnię, a nie wojnę). W takim przypadku jednostka jest karana za swój czyn w rezultacie aresztowania i przeprowadzenia słusznego procesu.

DOPUSZCZALNOŚĆ SELEKTYWNEJ ELIMINACJI W ŚWIETLE MIĘDZYNARODOWYCH STANDARDÓW PRAW CZŁOWIEKA

ACCEPTABILITY OF TARGETED KILLINGS IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Summary

Analysis of targeted killings from the point of view of international human rights standards raises many legal problems and doubts. In the light of the European Court of Human Rights' case law, the deprivation of life is permissible only when the use of force is necessary to protect a person against unlawful violence. The force used must be strictly proportionate to the pursued aim. It is only in exceptional circumstances that one may resort to lethal force, which should be preceded with the use of any means available to apprehend a person that poses a threat to life. A death of a person does not constitute a violation of human rights law if it is not the purpose but a result of an action during which the necessity to use lethal force arises in order to protect endangered human life. Moreover, the human rights model of law enforcement is based on the principle of due process. A person who threatens other men lives and commits crimes should be caught and brought to justice. The procedure requires an official investigation into any case of death being a result of actions undertaken by the state's officials. It is argued that the targeted killing policy should be considered unlawful due to the state's obligations derived from human rights law.

key words: targeted killings, terrorism, right to life, proportionality, necessity, effective investigation, lethal force, European Convention on Human Rights

Wstęp

Odmienność poglądów na temat selektywnej eliminacji (*targeted killings*)¹ ukazuje podstawową różnicę zdań nie tylko w odniesieniu do moralności czy praworządności powyższych działań², ale także w kwestii reżimu prawnego, w oparciu o który należałoby dokonywać oceny ich legalności. Zainteresowane państwa twierdzą, że takie akty są dopuszczalnymi, zgodnymi z prawem środkami prowadzenia wojny z terroryzmem, których legalność powinna być oceniana z punktu widzenia norm międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych. Z kolei ci, którzy kwalifikują powyższe czyny w kategoriach pozasądowych zabójstw (*extra-judicial executions*), poruszają się w ramach modelu stosowania prawa opierającego się w zdecydowanej mierze na standardach praw i wolności przysługujących jednostce. W tym drugim przypadku ocena legalności podejmowanych działań wymaga uwzględnienia norm prawa międzynarodowego praw człowieka³.

¹ Odkładając na bok spory natury terminologicznej w zakresie poszukiwania polskiego odpowiednika anglojęzycznego sformułowania *targeted killing*, na potrzeby organizowanej w maju 2012 r. przez Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni V konferencji naukowej z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego przyjęto termin „selektywna eliminacja”. Za powyższym wyborem organizatorów przemawiał zarówno brak bardziej adekwatnego terminu, jak i fakt jego zaistnienia w polskim piśmiennictwie naukowym (zob. wcześniejsza publikacja jednego z prelegentów A. Krawczyka, *Selektywna eliminacja – izraelska odpowiedź na terroryzm palestyński*, [w:] J. Piątek i R. Podgórska [red.], *Wybrane aspekty bezpieczeństwa*, tom 2, Szczecin 2007, s. 93–104). Termin „selektywna eliminacja” należy rozumieć jako śmiertelny atak na osobę, podjęty nie tyle na podstawie okoliczności, że dana osoba jest kombatantem, co raczej w przypadku gdy państwo uważa daną jednostkę za stwarzającą zagrożenie z uwagi na jej działalność i decyduje się ją „wyeliminować”, nawet gdy nie jest ona bezpośrednio zaangażowana w działania zbrojne (definicja przytoczona za: *Report of the Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflicts and Situations of Occupation*, „University Centre for International Humanitarian Law”, Geneva 1–2.09.2005, sec. E).

² Szerzej na temat moralnego i prawnego usprawiedliwienia dla izraelskiej polityki selektywnej eliminacji: S. R. David, *Israel's Policy of Targeted Killing*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17, s. 111; Tenże, *If not Combatants, Certainly not Civilians*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17, s. 138; Y. Stein, *By any Name Illegal and Immoral*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17, s. 127.

³ D. Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists*, „European Journal of International Law” 2005, vol. 16, s. 174.

Kwestia dopuszczalności selektywnej eliminacji szeroko dyskutowana jest w literaturze anglojęzycznej⁴ z punktu widzenia norm prawa międzynarodowego publicznego (przede wszystkim międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych) oraz prawa krajowego (zwłaszcza amerykańskiego czy izraelskiego). Z uwagi na fakt, że powyższe zagadnienia są przedmiotem rozważań przeprowadzonych w innych artykułach zamieszczonych na łamach niniejszego tomu MPH (zobacz między innymi teksty autorstwa A. Szpak i M. Marcinko), w ramach tego opracowania podjęta zostanie próba odpowiedzi na pytanie, czy – a jeśli tak to jakie – problemy rodzi polityka *targeted killing* w świetle międzynarodowych standardów z zakresu ochrony praw i wolności jednostki. W sposób oczywisty czyni to koniecznym rozpatrzenie przedmiotowego zagadnienia w kontekście gwarancji prawa do życia oraz prawa do rzetelnego procesu.

1. Prawo do życia w traktatach międzynarodowych praw człowieka

W amerykańskiej literaturze prawniczej często spotkać można odwołania wskazujące, że model ochrony praw człowieka zezwala na zabicie osoby nieznajdującej się we władzy państwa, jeśli jest to konieczne dla zapobiegnięcia stwarzania przez nią zagrożenia dla życia i zdrowia innych ludzi. W myśl takiej interpretacji prawo międzynarodowe praw człowieka w bardzo wyjątkowych okolicznościach dopuszcza dokonanie działań mieszczących się w zakresie przedmiotowym terminu „selektywna eliminacja”⁵.

⁴ Całkowity niemalże brak tej problematyki w polskiej literaturze prawniczej i woj-skowej dał asumpt dla organizatorów konferencji międzynarodowego prawa humanitarnego w Akademii Marynarki Wojennej do uczynienia z niej hasła przewodniego dla V edycji wskazanego powyżej przedsięwzięcia naukowego.

⁵ Zob. R. Murphy, A. J. Radsan, *Due Process and Targeted Killing of Terrorists*, „Cardozo Law Review” 2009, vol. 31, no. 2, s. 408, wskazujący, że instrumenty i mechanizmy kontroli praw człowieka zezwalają organom (funkcjonariuszom) państwa na zabicie osoby nieznajdującej się w jego władzy wyłącznie w sytuacji, gdy jest to konieczne dla zapobieżenia dalszemu stanowieniu przez niego zagrożenia dla życia

Traktatowe organy ochrony praw człowieka nie rozpatrywały jeszcze skarg mających za przedmiot selektywne pozbawienie życia jednostki w imię paradygmatu bezpieczeństwa publicznego. Międzynarodowe traktaty z zakresu ochrony praw człowieka umieszczają fundamentalne prawo do życia na początku katalogów chronionych praw i wolności⁶, klasyfikując je jako prawo niederegowalne, wobec którego nie można podjąć środków derogacyjnych nawet w sytuacji niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu⁷. Tym niemniej Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁸ *expressis verbis* przewiduje w art. 15 ust. 2 wyjątek w zakresie „przypadków śmierci będących wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych” (*lawful acts of war*). W konsekwencji pozbawienie życia w sposób dozwolony przez normy międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych⁹ nie stanowi naruszenia Konwencji. A zatem w przypadku gdy mamy do czynienia z użyciem siły śmiertelnej w odniesieniu do kombatan¹⁰ lub osoby cywilnej (niekombatanta) w trakcie jego bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, sytuacja nie rodzi odpowiedzialności na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa międzynarodowego praw człowieka¹¹.

Pomimo fundamentalnego charakteru konstrukcja normatywna prawa do życia nie przyznaje mu jednak charakteru absolutnego,

lub spowodowania ciężkich obrażeń u osób trzecich. Podobnie: N. Mezler, *Targeted Killing in International Law*, Oxford 2008, s. 59.

⁶ Zob. art. 6 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.; art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.; art. 4 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r. i art. 4 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 1981 r.

⁷ Zob. art. 4 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.; art. 15 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.; art. 27 ust. 2 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r.

⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Rzym, 4.11.1950), zwana również Europejską Konwencją Praw Człowieka (EKPC); tekst polski w: Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

⁹ L. Doswald-Beck, *The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide all the Answers?*, „IRoRC” 1996, vol. 88, no. 864, s. 883.

¹⁰ Należy jednak pamiętać, zwłaszcza wobec błędnego posługiwania się nomenklaturą przez administrację i doktrynę Stanów Zjednoczonych, że możliwość posługiwania się koncepcją „kombatanta jako uprawnionego celu ataku” dotyczy jedynie sytuacji międzynarodowego konfliktu zbrojnego, a za taki nie uznaje się chociażby operacji w Afganistanie.

¹¹ Omówienie tej tematyki odnajdzie czytelnik w towarzyszących tekstach autorstwa A. Szpak i M. Marcinko.

a konwencyjny zakaz dotyczy tylko „arbitralnego” pozbawienia życia. Problem sprowadza się do tego, że ogólne traktaty praw człowieka – co do zasady – tego terminu nie dookreślają. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r., Amerykańska Karta Praw Człowieka z 1969 r. oraz Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981 r. zakazują „arbitralnego pozbawienia życia”, pozostawiając interpretacji odpowiednich organów kwestię oceny i ustalenia, czy celowe i umyślne pozbawienie życia będzie stanowiło naruszenie konwencyjnego prawa jednostki¹². Jedynie EKPC specyfikuje, że pozbawienie życia nie będzie arbitralnym, jeśli nastąpiło na skutek użycia siły „absolutnie koniecznej” w trzech ściśle określonych kontekstach sytuacyjnych. I tak zgodnie z jej art. 2 ust. 2 pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z Konwencją, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły: 1) w obronie jakiejkolwiek osoby przed bezprawną przemocą; 2) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem; 3) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania.

Zgodnie z EKPC pozbawienie życia osoby nie stanowi naruszenia art. 2, jeśli jest skutkiem użycia siły absolutnie koniecznej dla ochrony jakiejkolwiek osoby przez bezprawną przemocą. Rodzi się zatem pytanie, czy eliminacja osoby podejrzanej o bycie członkiem organizacji terrorystycznej prowadzącej wojnę wymierzoną w mieszkańców danego państwa powinno być uznane za legalne użycie siły z punktu widzenia art. 2 EKPC?¹³ Odpowiedź na to pytanie jest uzależniona od wyniku testu proporcjonalności przyjętego w art. 2 ust. 2 EKPC, w myśl którego użycie broni śmiertelnej nie jest większe od tego, co jest absolutnie konieczne dla obrony bezpośrednio zagrożonego życia ludzi¹⁴. Jakkolwiek Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) nie miał okazji wypowiedzieć się w kwestii selektywnej eliminacji, wyraźnie wskazał, że test, jakiego należy użyć na potrzeby ustalenia, czy użycie siły śmiertelnej było absolutnie konieczne, jest bardzo restrykcyjny.

W interpretacji przedstawionej w sprawie *McCann v. Zjednoczone Królestwo* podkreśla się, że użyta siła musi być ściśle proporcjonalna

¹² D. Kretzmer, dz. cyt., s. 177.

¹³ Tamże, s. 177.

¹⁴ Tamże.

do osiągnięcia celów ustanowionych w art. 2 ust. 2 EKPC¹⁵. ETPC zastosował test proporcjonalności, składający się z trzech kroków, w których sędziowie stawiają sobie następujące pytania: 1) czy siła została użyta dla osiągnięcia jednego z celów określonych w art. 2 ust. 2 EKPC? 2) czy stopień i rodzaj użytej siły były absolutnie konieczne dla osiągnięcia założonych celów? 3) czy stopień i rodzaj użytej siły są proporcjonalne w stosunku do wagi celów zadeklarowanych przez władze rządowe? W konsekwencji użyta przez funkcjonariuszy publicznych siła musi być ściśle proporcjonalna do osiągnięcia celu ustanowionego w ust. 2 lit. a)–c). Ustalenie, czy użycie siły śmiertelnej spełnia test absolutnej konieczności, wymaga z kolei sprawdzenia dwóch kwestii: po pierwsze, czy użycie siły było bezwzględnie wymagane i czy dla ochrony zagrożonych osób mogły być podjęte inne środki oraz, po drugie, jeśli inne środki nie są dostępne, czy jest absolutnie konieczne użycie siły śmiertelnej, czy można posłużyć się siłą o mniejszym natężeniu¹⁶.

Dla właściwego zrozumienia testu proporcjonalności pomocne mogą okazać się również ustalenia poczynione w ramach decyzji Komitetu Wojskowego NATO nr MC 362/1 z 30 czerwca 2003 r.¹⁷ w odniesieniu do prawa do samoobrony, wymagające, aby użycie siły spełniało kryterium konieczności i proporcjonalności i miało miejsce w odpowiedzi na atak lub zagrożenie atakiem. W rezultacie odpowiedź w postaci użycia siły śmiertelnej musi być niezbędna dla zabezpieczenia samoobrony i współmierna do postrzeganego stopnia zagrożenia. Każde użycie siły musi być ograniczone do stopnia, intensywności i czasu koniecznego dla odparcia niebezpieczeństwa¹⁸. Nieuchronność zagrożenia (*imminent*) oznacza, że potrzeba obrony jest oczywista (*manifest*), stała (*instant*) i przeważająca (*overwhelming*)¹⁹.

¹⁵ *McCann v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok ETPC z 5.09.1995 r., skarga nr 18984/91, Ser. A, nr 324, par. 149.

¹⁶ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 178.

¹⁷ North Atlantic Military Committee, MC 362/1: *NATO Rules of Engagements (Military Decision)*, 30.06.2003, NATO UNCLASSIFIED releasable to Pp/EU/SFOR/KFOR/ISAF/AUSTRALIA. Szerzej na jej temat zob. M. Szuniewicz, *Aspekty prawne NATO ROE – MC 362/1 (ze szczególnym uwzględnieniem komponentu morskiego)*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2012, t. III, s. 63 i n.

¹⁸ MC 362/1, sec. 7 a i b.

¹⁹ MC 362/1, sec. 7 c.

W sprawie *McCann v. Zjednoczone Królestwo* Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał legalność działań władz skutkujących pozbawieniem życia osoby, która – według ich najlepszej wiedzy – miała zdetonować bombę. W wyjątkowych okolicznościach, gdy kroki zmierzające do zatrzymania terrorysty-samobójcy lub strzały ostrzegawcze niosą ze sobą wysokie ryzyko fiaska operacji i narażają życie funkcjonariuszy publicznych, dopuszcza się bezpośrednie odwołanie się do siły śmiertelnej²⁰. O ile jednak sędziowie strasburscy potwierdzili zasadność posłużenia się siłą śmiertelną w powyższych okolicznościach, jednocześnie stwierdzili, że niewystarczające przygotowanie akcji stanowiło naruszenie zobowiązania wynikającego z art. 2 EKPC²¹. Problematyka podjęcia odpowiednich środków ostrożności na etapie przygotowywania i przeprowadzania operacji została kilkakrotnie podkreślona w orzecznictwie strasburskim. W sprawach kurdyjskich i czeczeńskich dotyczących użycia siły przez władze tureckie i rosyjskie ETPC podkreślił obowiązki spoczywające na władzach państwowych w zakresie planowania i wykonywania nawet zgodnych z prawem działań przeciwko bojownikom.

Rozpatrywane skargi dotyczyły jednak przypadków, gdy śmierć poniosła osoba cywilna²² i towarzyszyło im stwierdzenie w przedmiocie konieczności podjęcia wszelkich możliwych środków ostrożności w zakresie wyboru środków i metod przeprowadzenia operacji

²⁰ *Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions. Report of the Special Rapporteur* (P. Alston), E/CN.4/2006/53 (8.03.2006) [dalej: *Raport ONZ 2006*], par. 49.

²¹ Wyrok ETPC w sprawie *McCann v. Zjednoczone Królestwo*, par. 200 i n.

²² Z dokonanego przez N. Melzera zestawienia spraw dotyczących śmierci osób w okolicznościach operacji zbrojnych mających swój finał na wokandach organów traktatowych praw człowieka i przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości również wynika, że zabite osoby były wyłączone z działań zbrojnych albo nie prowadziły walki; zob. N. Melzer, *Targeted Killing under International Normative Paradigms of Law Enforcement and Hostilities*, OUP, Oxford 2008, s. 169–173, 384–392. Z drugiej jednak strony nie sposób nie wspomnieć o sprawie *Tablada*, rozpatrywanej przez Międzyamerykańską Komisję Praw Człowieka. Zgodnie z jej ustaleniami osoby, które zaatakowały bazę wojskową w Argentynie – niezależnie, czy działały w pojedynkę, czy były członkami zorganizowanej grupy rebeliantów – stały się zindywidualizowanym przedmiotem bezpośredniego ataku w takim samym zakresie jak kombatanci i straciły możliwość skorzystania z gwarancji, jakie niesie zasada proporcjonalności i konieczność podjęcia odpowiednich środków ostrożności; zob. IACHR, *Abella v. Argentina (Tablada)*, case no. 11.137, report no. 55/97 (18.11.1997), par. 178. Komisja oparła się bezpośrednio na normach międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych i nie podniosła kwestii, czy napastnicy powinni i mogli zostać zatrzymani, zanim otworzono do nich ogień.

bezpieczeństwa przeciwko grupom opozycyjnym w celu uniknięcia lub zminimalizowania przypadkowych strat wśród osób cywilnych²³. Brak jest jednak odpowiednich ustaleń w odniesieniu do osób będących kombatantami albo biorących w sposób nieuprawniony bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. W związku z powyższym zdaniem przedstawicieli literatury trudno wskazać, jakie wymagania stawia władzom państwowym prawo międzynarodowe praw człowieka w zakresie użycia siły przeciwko bojownikom. Z drugiej jednak strony ETPC w decyzji w sprawie *Isayeva v. Federacja Rosyjska* potwierdził prawo państwa do użycia siły śmiertelnej przeciw czeczeńskiemu rebeliantowi, mimo że nie istniały wyraźne wskazania, że stanowi on bezpośrednie zagrożenie dla rosyjskich sił zbrojnych²⁴.

Jakkolwiek zgodnie z art. 2 EKPC funkcjonariusze państwa mają prawo w określonych okolicznościach stosować środki przymusu bezpośredniego, w tym broń palną, skutkujące śmiercią jednostki, powyższa możliwość – zgodnie z maksymą *exceptiones non sunt extendae* – powinna być poddana ścisłej, zawężającej interpretacji jako *ultimum refugium*, w przypadku gdy aresztowanie danej osoby nie jest realne (wykonalne)²⁵. Tym samym zakres możliwości odwołania się do prawa do samoobrony jest ograniczony. W związku z powyższym przed odwołaniem się do użycia siły śmiertelnej należy wyczerpać wszelkie możliwe środki zmierzające do ujęcia osoby oskarżonej o działalność terrorystyczną celem postawienia jej przed sądem i pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. ETPC uznał, że cel w postaci aresztowania zbiega nie może być usprawiedliwieniem dla stworzenia ryzyka dla jego życia, jeśli nie stanowi on dłużej zagrożenia dla życia ludzkiego i nie jest podejrzany o popełnianie poważnego przestępstwa związanego z użyciem siły, nawet jeśli nie istnieje inna możliwość jego ujęcia²⁶. Co więcej, w sytuacji pokoju nie

²³ Zob. *Ergi v. Turcja*, wyrok ETPC z 28.07.1998 r., skarga nr 23818/94, par. 79; *Isayeva, Yusupova i Bazayeva v. Rosja*, wyrok ETPC z 24.02.2005 r., skargi nr 57947–57949/00, par. 171 i 199; *Isayeva v. Rosja*, wyrok ETPC z 24.02.2005 r., skarga nr 57950/00, par. 175–176.

²⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Isayeva v. Federacja Rosyjska*, par. 181.

²⁵ S. Solomon, *Targeted Killings and the Soldiers' Right to Life*, „ILSA Journal of International & Comparative Law” 2007, vol. 14, no. 1, s. 102.

²⁶ *Nachova v. Bułgaria*, wyrok ETPC z 7.07.2005 r., skarga nr 43577/98, Reports 2005-VII, par. 95.

przewidziano potrzeby ani usprawiedliwienia dla zabicia jednostki w oparciu o podejrzenie o przynależność do konkretnego ugrupowania, nawet gdy ma ono charakter nielegalny²⁷. Potwierdza to w pełni raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ poświęcony problematyce pozasądowych i arbitralnych egzekucji z 2006 r., stwierdzając, że w prawie międzynarodowym praw człowieka podejrzenie nie jest wystarczające do odwołania się do siły śmiertelnej i nie istnieje inna podstawa prawna do użycia broni palnej celem pozbawienia życia niż sytuacja granicząca z pewnością, że jej zaniechanie doprowadzi do strat w życiu ludzkim²⁸.

Jakkolwiek amerykański odpowiednik EKPC nie przewiduje *expressis verbis* okoliczności arbitralnego pozbawienia życia, rozwiązanie przyjęte w Radzie Europy jest powszechnie uznane za model odzwierciedlający rzetelny katalog przypadków, w których śmierć osoby na skutek użycia siły nie ma charakteru arbitralnego²⁹. Należy podkreślić, że podobne podejście zostało zaprezentowane przez pozostałe organy ochrony praw człowieka³⁰. Co więcej, przyjęte w ramach ONZ *Podstawowe zasady dotyczące użycia siły i broni przez funkcjonariuszy publicznych* z 1990 r.³¹ ograniczają użycie broni palnej do przypadków: 1) samoobrony własnej lub obrony innych osób przed nieuchronnym zagrożeniem dla ich życia lub zdrowia; 2) zapobieżenia popełnieniu szczególnie poważnego przestępstwa stanowiącego poważne zagrożenie dla życia; 3) aresztowania osoby stanowiącej takie zagrożenie i stawiającej opór funkcjonariuszom oraz 4) zapobieżenia ucieczce. W każdym ze wskazanych przypadków użycie środka przymusu bezpośredniego, w tym broni palnej, będzie legalne tylko wtedy,

²⁷ M. O'Connell, *War Crimes Research Symposium: The Role of Justice in Building Peace: To Kill or Capture Suspects in the Global War on Terror*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2003, vol. 35, s. 335.

²⁸ *Raport ONZ 2006*, par. 50.

²⁹ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl 1993, s. 111; N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford 1999, s. 183.

³⁰ Zob. np. *Las Palmeras Case*, wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 26.11.2002 r., skarga nr 11237/1994, Ser. C, nr 96.

³¹ *UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* (Hawana, 27.08–7.09.1990), tekst polski w: *Prawa człowieka a policja. Problemy teorii i praktyki*, pod red. A. Rzeplińskiego, Centrum Szkolenia Policji, Legionowo 1994, s. 73 i n.

gdy użycie mniej represyjnych środków jest niewystarczające dla osiągnięcia powyższych celów.

Celowe użycie siły śmiertelnej jest dopuszczalne w myśl standardów praw człowieka tylko w sytuacji, gdy jest „ściśle nieuniknione dla ochrony życia”. Co więcej, funkcjonariusze publiczni powinni wydać wyraźne ostrzeżenie o użyciu broni (i dać wystarczający czas na podporządkowanie się mu), chyba że uczynienie tego w sposób nadmierny narazi funkcjonariuszy na niebezpieczeństwo, zrodzi ryzyko śmierci lub ciężkich obrażeń u innych osób albo będzie niewłaściwe lub bezcelowe w danych okolicznościach³².

O ile żadna z rozpatrywanych na arenie międzynarodowej skarg nie miała za przedmiot celowego pozbawienia życia terrorysty w ramach akcji przeprowadzonej przez funkcjonariuszy państwa-strony określonego traktatu międzynarodowego z zakresu ochrony praw człowieka, problematyka selektywnej eliminacji pojawiła się na agendzie Komitetu Praw Człowieka przy okazji rozpatrywania okresowego sprawozdania Izraela. Na tle rozpatrywania odnośnej polityki izraelskiej Komitet stwierdził, że „przed odwołaniem się do użycia siły śmiertelnej należy wyczerpać wszystkie środki zmierzające do aresztowania osoby podejrzanej o bycie w trakcie dokonywania czynów terrorystycznych”³³. Dodał jednocześnie, że takie operacje nigdy nie mogą być wykonywane w ramach odpłaty lub zemsty³⁴. Nie mogą być zatem środkiem wykonania kary czy odwetu, ale jedynie ostatecznym środkiem do zapewnienia ochrony zdrowia lub życia ludzi przed nieuchronnym, bezpośrednim zagrożeniem, jakie niewątpliwie stanowi dana osoba.

Problematyka selektywnej eliminacji została również poruszona przez Międzyamerykańską Komisję Praw Człowieka w raporcie poświęconym terroryzmowi i prawom człowieka³⁵. Wskazano w nim, że „w sytuacjach, gdy ludności państwa zagraża przemoc, państwo posiada prawo i obowiązek ochrony ludności przed takimi zagrożeniami

³² Zostało to wpisane do katalogu wspomnianych podstawowych zasad stosowania środków przymusu bezpośredniego, w tym broni palnej, przez funkcjonariuszy publicznych (zob. art. 9–10).

³³ U.N. Human Rights Committee, *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*, U.N. Doc. CCPR/CO/78/ISR (21.08.2003), par. 15.

³⁴ Tamże.

³⁵ Inter-American Commission on Human Rights, *Report on Terrorism and Human Rights*, OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 Rev. 1 Corr (22.10.2002).

i w tym zakresie może posługiwać się w pewnych okolicznościach siłą śmiertcionośną”³⁶. W ramach inicjatyw zmierzających do zwiększenia efektywności stosowania i egzekwowania prawa „państwa nie mogą używać siły w stosunku do jednostek, które nie stanowią już dłużej opisanego powyżej zagrożenia, w tym osób, które zostały ujęte przez władze, poddały się albo które są ranne i powstrzymują się od wrogich działań”³⁷.

Niezależnie zatem od przedstawionych wcześniej wskazań pojawiających się w amerykańskiej doktrynie sens uregulowań prawnomiędzynarodowych, przewidujących, że w pewnych okolicznościach pozbawienie życia osoby nie będzie stanowiło naruszenia norm konwencyjnych w zakresie prawa do życia, dotyczy sytuacji, w których użycie śmiertcionośnej siły jest niezbędne z uwagi na ściśle określony cel, a **śmierć osoby jest skutkiem, nigdy zaś bezpośrednim celem użycia takiej siły**. Pierwszorzędnym celem użycia siły nigdy nie może być pozbawienie życia, a „[s]powodowanie śmierci stanowić [...] musi jedynie uboczny, choć nieunikniony, skutek usprawiedliwionego użycia siły”³⁸. W konsekwencji, w świetle prawa międzynarodowego praw człowieka, nigdy nie jest dopuszczalne, aby pozbawienie życia jednostki było samodzielny celem operacji przeprowadzanej przez policję lub służby bezpieczeństwa³⁹. W sposób wyraźny czyni to nielegalnymi, z punktu widzenia standardów praw człowieka, akcje celowego i umyślnego pozbawienia życia przez funkcjonariuszy publicznych, realizowane w myśl tak zwanej polityki *shoot-to-kill*⁴⁰. Już z tej prostej przyczyny nie sposób podzielić argumentacji zmierzającej do wykazania, że selektywna eliminacja mieści się w katalogu wyjątków przewidzianych w traktatach międzynarodowych z zakresu ochrony praw człowieka.

Użycie siły w ramach modelu stosowania prawa nie może być uznane za absolutnie konieczne poza przypadkiem, kiedy nie istnieje realna możliwość ochrony potencjalnej ofiary w drodze ujęcia osoby

³⁶ Tamże, par. 87.

³⁷ Tamże, par. 91.

³⁸ *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, tom I, pod red. L. Garlickiego, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 74.

³⁹ Human Rights Council (UN), *Report on targeted killings*, A/HRC/14/24/Add.6 (28.05.2010), s. 8, par. 33.

⁴⁰ Por. *Raport ONZ 2006*, par. 44 i n.

podejrzanej o popełnienie czynów zagrażających jej życiu⁴¹. Usprawiedliwione użycie siły śmiertelności będzie zatem ograniczone do przypadków, gdy poważne zagrożenie dla chronionej osoby jest nieuchronne, a próba zatrzymania sprawcy da mu czas na dalsze stwarzanie zagrożenia i na spełnienie groźby popełnienia czynów zagrażających zdrowiu i życiu. Tylko w takim kontekście sytuacyjnym można by uznać użycie siły śmiertelności za absolutnie konieczne⁴².

Jednocześnie nie wolno zapominać, że omawiany konwencyjny standard prawa do życia nakłada jednocześnie na władze państwowe obowiązek dołożenia należytych starań w celu zapewnienia ochrony życia swoich obywateli przed zagrażającymi ich życiu potencjalnymi atakami ze strony pozapaństwowych podmiotów. Traktatowe organy ochrony praw człowieka uznały państwa za winne naruszenia prawa do życia w przypadkach, gdy władze zaniedbały ochronę jednostki pozostającej w rzeczywistym zagrożeniu utraty życia z rąk osób trzecich⁴³. Czyni to państwo odpowiedzialnym za zapobieganie zamachom terrorystycznym i ochronę życia osób pozostających w ramach jego jurysdykcji. Należy zatem rozpatrzyć, czy w sytuacji gdy terrorysta przebywa na terytorium państwa, które nie chce go aresztować albo nie jest w stanie tego uczynić – pozostawiając poza zakresem rozważań kwestię suwerenności państwowej – można przyjąć, że nie istnieje inny wybór niż sięgnięcie po rozstrzygnięcie siłowe wobec osoby oskarżonej o terroryzm, jeśli istnieją mocne dowody na planowany przez nią atak terrorystyczny na terytorium danego kraju. Jeśli ta osoba nie zostanie ujęta ani wyeliminowana, będzie nadal stwarzać zagrożenie, kontynuując aktywność terrorystyczną⁴⁴. Rodzi się jednak pytanie, czy tak daleko idące rozumowanie nadal mieści się w ramach klasycznej formuły korzystania z suwerennego prawa

⁴¹ G. Nolte, *Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order*, „Theoretical Inquiries in Law” 2004, vol. 5, s. 111.

⁴² N. Rodley, dz. cyt., s. 182–188; G. Nolte, dz. cyt., s. 111.

⁴³ Por. *Kilic v. Turcja*, wyrok ETPC z 28.03.2000 r., skarga nr 22492/93, par. 63; *Osman v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 28.10.1998 r., skarga nr 23452/94, par. 116; *Rodriguez v. Honduras*, wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 29.07.1988 r., sprawa nr 7920/81, Ser. C, nr 4, par. 174 i 176; Komitet Praw Człowieka, *Uwagi Ogólne nr 31: Natura ogólnych zobowiązań prawnych nałożonych na Państwa-Strony Paktu*, UN Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26.05.2004), par. 8.

⁴⁴ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 179.

państwa do samoobrony. Czy nie należałoby tego kwalifikować w kategoriach sytuacji, kiedy użycie siły śmiertelnej wyrywa się standardowi absolutnej konieczności?

Tym niemniej w interpretacji ekspertów obradujących w 2005 r. w Genewie nad problematyką prawa do życia w czasie wojny i okupacji zasada nr 9 ONZ-owskich wytycznych nie uznawałaby selektywnej eliminacji jako nielegalnej w następujących wyjątkowych sytuacjach: 1) jest dokonywana na obszarze, na którym państwo nie sprawuje efektywnej kontroli i w związku z tym nie może przeprowadzić akcji aresztowania; 2) władze państwowe podjęły działania zmierzające do przekazania danej jednostki przez władze państwa, w którego jurysdykcji się ona znajduje (zakładając, że taka władza istnieje); 3) jednostka była zaangażowana w poważne, zagrażające życiu, wrogie czyny i państwo posiada wiarygodne informacje wywiadowcze potwierdzające, że będzie ona kontynuować powyższą działalność skierowaną przeciwko życiu osób, które państwo ma obowiązek chronić; 4) inne środki wydają się niewystarczające do rozwiązania problemu, to jest do ustania zagrożenia, jakie stwarza dana osoba⁴⁵.

W świetle przedstawionych powyżej rozważań należy jednak stwierdzić, że obowiązujące normy prawa międzynarodowego z zakresu ochrony praw i wolności jednostki nie zezwalają na przeprowadzenie selektywnej eliminacji, uznając ją za wykraczającą poza wpisane w standard prawa do życia warunki absolutnej konieczności i proporcjonalności użycia siły śmiertelnej.

2. Prawo do rzetelnego procesu sądowego

Wyjątki w zakresie zakazu celowego pozbawienia życia muszą być interpretowane w świetle podstawowego założenia, że „prawo międzynarodowe praw człowieka przyjmuje model stosowania i egzekwowania prawa oparty o zasadę rzetelnego procesu”⁴⁶. Konieczną staje się zatem analiza, czy i w jakim zakresie możliwe jest pogodzenie taktyki selektywnej eliminacji terrorystów z fundamentalnymi gwarancjami

⁴⁵ *Report of the Expert Meeting on the Right to Life in Armed Conflicts and Situations of Occupation*, University Centre for International Humanitarian Law, Geneva 1–2.09.2005, sec. E.

⁴⁶ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 178.

materialnymi i proceduralnymi, składającymi się na powszechnie uznany standard prawa do rzetelnego procesu sądowego.

Prawo międzynarodowe praw człowieka przyjmuje model stosowania i egzekwowania prawa oparty na zasadzie rzetelnego procesu i wymierzania sprawiedliwości w wyniku konradyktoryjnego postępowania, w którym oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, a na władzy spoczywa obowiązek wykazania jego winy ponad wszelką wątpliwość. W konsekwencji wszelkie środki egzekwowania prawa muszą być zgodne z tymi zasadami. Według powszechnie przyjętego modelu rzetelnego postępowania sądowego każda osoba korzysta z domniemania niewinności, a osoba podejrzana o popełnienie lub planowanie poważnych czynów karalnych powinna być aresztowana i postawiona przed sądem celem osądzenia. Jeśli zatem istnieją wiarygodne dowody, że jednostka była zamieszana w planowanie, pomoc, nakłanianie lub dokonywanie aktów terrorystycznych, musi być poddana rzetelnemu osądzeniu przez kompetentny i niezależny sąd i, w razie uznania za winną, skazana na przewidzianą prawem karę⁴⁷.

W ramach przedstawionego modelu państwo nie może zapobiegać czynom karalnym poprzez eliminację potencjalnych jego sprawców. Cele w postaci prewencji powinny być osiąganе przez zagrożenie sankcją karną i stosowanie norm prawa karnego wobec osób dopuszczających się naruszenia porządku prawnego⁴⁸. W kontekście rozpatrywania sprawozdania okresowego Izraela Komitet Praw Człowieka wskazał, że państwa-strony Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych powinny w możliwie największym stopniu rozważyć zasadę proporcjonalności we wszystkich ich odpowiedziach na zagrożenia terrorystyczne. Podejmując działania w odpowiedzi na zagrożenie terrorystyczne, państwa powinny w możliwie największym zakresie uwzględniać wskazania wypływające z zasady proporcjonalności. Polityka państwa w tym obszarze powinna być jasno sprecyzowana, przybierając postać jednoznacznych wytycznych skierowanych do regionalnych dowódców wojskowych. Wszelkie skargi i zażalenia w przedmiocie dysproporcjonalności użytej siły powinny być wyjaśnione w drodze dochodzenia prowadzonego przez niezależny

⁴⁷ Tamże, s. 178. Nie sposób nie wspomnieć o treści Piątej Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych, zabraniającej władzom federalnym pozbawienia jakiegokolwiek osoby życia bez procesu sądowego; por. R. Murphy, A. J. Radsan, dz. cyt., s. 409.

⁴⁸ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 178.

organ⁴⁹. Zdaniem Komitetu Praw Człowieka czyni to koniecznym wyczerpanie środków zmierzających do aresztowania osoby podejrzanej o działalność terrorystyczną przed sięgnięciem po środki śmiercionośne⁵⁰. W świetle powyższych uwag odwołanie się do siły śmiercionośnej ma charakter ostateczny (*ultima ratio*), gdy środki polegające na zatrzymaniu terrorysty okazały się nieefektywne. Zanim zatem zostaną użyte środki śmiercionośne, muszą być wyczerpane wszelkie działania zmierzające do aresztowania osoby zaangażowanej w dokonywanie czynów terrorystycznych.

Wstępnym warunkiem legalności – z punktu widzenia omawianej zasady – jest zatem konieczność wyczerpania środków zmierzających do zatrzymania osoby podejrzanej o działalność terrorystyczną celem postawienia jej przed organami wymiaru sprawiedliwości. Nawet w odniesieniu do działań skierowanych przeciw rebeliantom podnosi się argument, zgodnie z którym nie powinni być oni zaatakowani, jeśli istnieje możliwość ich zatrzymania bez ryzyka dla sił rządowych. Nakazuje to w większym stopniu podjęcie środków niezbędnych do odpowiedniego przygotowania akcji zatrzymania osoby, gdy tylko okoliczności na to zezwolą, niż uciekanie się do użycia siły śmiercionośnej⁵¹. W innych sytuacjach niż zwalczanie członków sił zbrojnych użycie siły jest dopuszczalne tylko w przypadkach i granicach określonych przez art. 9 Podstawowych zasad ONZ, dookreślających zakres możliwego odwołania się przez funkcjonariuszy publicznych do broni palnej w celu zapobieżenia przemocy zagrażającej życiu ludzkiemu. Jeśli określone tam warunki nie zostaną poszanowane, użycie siły śmiercionośnej zanim osoba podejrzana dokona aktu przemocy, oznacza egzekucję przez władze państwowe osoby podejrzanej bez sądowego stwierdzenia winy i wymierzenia kary lub – jeśli siły rządowe zabijają osobę po dokonaniu takiego czynu – stanowi to w istocie ukaranie sprawcy w trybie natychmiastowego wykonania kary śmierci (pozasądowy wyrok śmierci)⁵².

Za przykład posłużyć tu może sprawa *Guerrero v. Kolumbia*, w której Komitet Praw Człowieka potwierdza, że stan nadzwyczajny nie

⁴⁹ *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Israel*. 2003, CCPR/CO/78/ISR (21.08.2003).

⁵⁰ Tamże.

⁵¹ L. Doswald-Beck, dz. cyt., s. 891.

⁵² Tamże.

skutkuje derogacją zobowiązań w zakresie prawa do życia, uznał użycie siły za naruszenie prawa do życia jednostki z uwagi na fakt, że jej aresztowanie było możliwe w danych okolicznościach⁵³. Jak już wcześniej wykazano, brak odpowiednich przygotowań na etapie planowania i przedsięwzięcia środków ostrożności mających na celu zatrzymanie osoby stwarzającej zagrożenie dla życia ludzkiego będzie skutkował uznaniem władz państwowych za winne naruszenia konwencyjnego prawa do życia, nawet jeśli same okoliczności użycia siły śmiertelnej były uzasadnione.

Zarówno ETPC rozpatrując akcje sił policyjnych i służb bezpieczeństwa, jak i Sąd Najwyższy Izraela w odniesieniu do polityki selektywnej eliminacji dokonywanej przez władze rządowe, stwierdziły, że powyższe akcje muszą być w sposób niezależny poddane dokładnemu zbadaniu⁵⁴. Standard rzetelnego procesu (*due process*) nie zawsze wymaga rozpatrzenia sprawy przed przeprowadzeniem akcji skutkującej pozbawieniem życia. Tam, gdzie odpowiednie postępowanie poprzedzające akcją selektywnej eliminacji nie jest możliwe w praktyce, standard rzetelnego procesu może przyjąć formę urzędowego śledztwa mającego miejsce po użyciu broni palnej lub innego uzbrojenia ze skutkiem śmiertelnym (*post-examination*)⁵⁵.

3. Wymóg przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa w przypadku śmierci osoby na skutek użycia broni palnej przez funkcjonariuszy państwa

ETPC wielokrotnie powtarzał, że implikacją ochrony prawa do życia jest wymóg przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa w przypadku śmierci jednostki na skutek użycia siły przez funkcjonariuszy

⁵³ *Guerrero v. Kolumbia*, pogląd Komitetu Praw Człowieka z 31.03.1992 r., komunikat nr R.11/45, UN Doc. Supp. No. 40(A/37/40), par. 13.2, w którym wyraźnie podkreślono, że akcja policyjna została przeprowadzona bez ostrzeżenia ofiar i bez umożliwienia im poddania się lub złożenia wyjaśnienia co do ich zamiarów. Ponadto nie było żadnych dowodów poświadczających, że przeprowadzenie akcji przez policję było konieczne dla samoobrony własnej lub innych osób, dla ujęcia danej osoby lub zapobieżenia jej ucieczce.

⁵⁴ Por. np. wyrok ETPC w sprawie *McCann v. Zjednoczone Królestwo*, par. 157 i n. oraz *Public Committee against Torture in Israel (PCATI) v. Government of Israel*, decyzja Sądu Najwyższego Izraela z 11.12.2005 r., HCJ 769/02, par. 40 i 54.

⁵⁵ R. Murphy, A. J. Radsan, dz. cyt., s. 439.

państwa. Mieści się on w ramach tak zwanych zobowiązań pozytywnych o charakterze proceduralnym, które uważa się za stanowiące część standardu prawa do życia zagwarantowanego w art. 2 EKPC⁵⁶. Wywiązanie się w sposób należyty z powyższego zobowiązania wymaga od państwa szybkiego wszczęcia śledztwa i zapewnienia niezależności osób odpowiedzialnych za jego przeprowadzenie od osób zamieszanych w przedmiotowe zdarzenia⁵⁷. ETPC wielokrotnie podkreślał, że powyższe śledztwo musi wykazywać cechę efektywności (skuteczności) w rozumieniu zdolności doprowadzenia do ustalenia okoliczności sprawy; ustalenia, czy użyta siła była usprawiedliwiona; identyfikacji i ukarania osób odpowiedzialnych w razie stwierdzenia nielegalnego użycia siły; oraz zapewnienia w wystarczającym stopniu publicznej kontroli nad śledztwem lub jego rezultatem⁵⁸.

Zobowiązania w zakresie wyjaśnienia zarzucanych naruszeń prawa do życia mogą być wypełnione jedynie wówczas, gdy państwo uzna potrzebę pewnego stopnia transparentności. Doprecyzowując zakres wymagań, ETPC podkreślił, że „musi istnieć wystarczający stopień publicznej kontroli nad śledztwem lub jego rezultatem w celu zapewnienia w praktyce ponoszenia odpowiedzialności, podtrzymania publicznego zaufania do podejścia władz do rządów prawa i zapobieżenia pojawieniu się jakiegokolwiek zмовy lub tolerancji dla czynów bezprawnych”⁵⁹. Jednocześnie ETPC wyraźnie zaznaczył, że nie trudno

⁵⁶ Szerzej na ten temat: M. Szuniewicz, *Koncepcja „ofiary pośredniej” przed ETPC – na przykładzie rodzin katyńskich*, [w:] R. Sztymmler i J. Krzywkowska [red.], *Problemy z sądową ochroną praw człowieka*, UWM, Olsztyn 2012, s. 491 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *O proceduralnych obowiązkach państwa na gruncie art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – wykładnia czy tworzenia prawa?*, [w:] C. Mik i K. Gałka [red.], *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, TNOiK, Toruń 2011, s. 127 i n.

⁵⁷ Zob. np. wyrok ETPC w sprawie *McCann i inni v. Zjednoczone Królestwo*, par. 161; *Tahsin Acar v. Turcja*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8.04.2004 r., skarga nr 26307/95, par. 220; *Bazorkina v. Rosja*, wyrok ETPC z 27.07.2006 r., skarga nr 69481/01, par. 117.

⁵⁸ *McKerr v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok ETPC z 4.05.2001 r., skarga nr 28883/95, ECHR 2001-III, par. 111 i n.

⁵⁹ Zob. *Angelova v. Bułgaria*, wyrok ETPC z 13.06.2002 r., skarga nr 38361/97, RJD 2002-IV, par. 140 oraz wyrok w sprawie *McKerr v. Zjednoczone Królestwo*, par. 114–115. Podobnie: *Tanrıkulu v. Turcja*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8.07.1999 r., skarga nr 23763/94, ECHR 1999-IV, par. 110; *Oğur v. Turcja*, wyrok Wielkiej Izby ETPC z 20.05.1999 r., skarga nr 21594/93, ECHR 1999-III, par. 92; *Gül v. Turcja*, wyrok ETPC z 14.12.2000 r., skarga nr 22676/93, par. 89; *Ergi v. Turcja*, wyrok ETPC

wskazać formułę zapewniającą osiągnięcie powyższego celu, a stopień wymaganej publicznej kontroli może różnić się w zależności od okoliczności sprawy⁶⁰.

W kontekście europejskiego systemu ochrony praw człowieka ETPC wypracował obszerne orzecznictwo odnoszące się do potrzeby sądowej kontroli lub jakiegokolwiek innej formy efektywnego zbadania przypadku naruszenia praw człowieka przez służby i agendy bezpieczeństwa⁶¹. Jeśli powyższe standardy miałyby być zastosowane do praktyki autoryzowanych przez rząd selektywnych eliminacji, wymagałoby to zapewnienia: 1) możliwości skorzystania ze środka prawnego w zakresie kwestionowania zasadności umieszczenia nazwiska na liście osób przeznaczonych do eliminacji; 2) zbadania legalności takiego działania *post facto*; 3) ujawnienia informacji usprawiedliwiających podjęcie decyzji o eliminacji oraz 4) ukarania osób oskarżonych o popełnienie zabójstwa w okolicznościach nieprzewidzianych i/lub niedopuszczalnych przez prawo.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem ETPC przypadki użycia siły śmiertelnej przez funkcjonariuszy państwa wymagają od władz przeprowadzenia niezależnego śledztwa w celu ustalenia, czy podjęte działania były zgodne z obowiązkami państwa w zakresie ochrony prawa do życia⁶². Uchybienie zobowiązaniom pozytywnym w zakresie przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa w przypadku pozabawienia życia na skutek działania funkcjonariuszy państwa oznacza, jak już wspomniano, naruszenie prawa do życia w wymiarze proceduralnym z art. 2 EKPC. Zastosowanie powyższego standardu zaczerpniętego z konwencyjnego reżimu praw człowieka w przypadku konfliktu zbrojnego z ugrupowaniami terrorystycznymi oznacza konieczność poddania każdego przypadku selektywnej eliminacji gruntownemu, wszechstronnemu, dokładnemu i wiarygodnemu śledztwu. Jeśli

z 28.07.1998 r., skarga nr 23818/94, Reports 1998-IV, par. 84; *Takhayeva i inni v. Federacja Rosyjska*, wyrok ETPC z 18.09.2008 r., skarga nr 23286/04, par. 87.

⁶⁰ Por. wyroki ETPC w sprawach: *Anguelova v. Bułgaria*, par. 140; *Oğur v. Turcja*, par. 92 oraz *McKerr v. Zjednoczone Królestwo*, par. 115.

⁶¹ *Report on the Democratic Oversight of the Security Services*, Doc. CDL-AD (2007)016, Study no. 388/2006 (11.06.2007), par. 195–201; [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)016-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)016-e.asp) (dostęp: 1.09.2012).

⁶² Zob. przytoczone wyroki ETPC z 4.05.2001 r. w sprawach: *McKerr v. Zjednoczone Królestwo*; *Hugh Jordan v. Zjednoczone Królestwo*; *Kelley i inni v. Zjednoczone Królestwo* oraz *Shanaghan v. Zjednoczone Królestwo*.

w jego trakcie wyjdzie na jaw, że przedmiotowe działania zostały podjęte w okolicznościach niezgodnych ze standardami prawa międzynarodowego, odpowiednie środki prawne powinny być podjęte wobec osób odpowiedzialnych⁶³.

W wyroku z 2011 r. w sprawie *Al-Skeini i inni v. Zjednoczone Królestwo* Wielka Izba ETPC stwierdziła, że „ogólny prawny zakaz arbitralnego pozbawienia życia przez funkcjonariuszy państwa byłby nieskuteczny w praktyce, jeśli nie będzie istniała procedura zbadania legalności użycia siły śmiertelnej przez władze państwowe”⁶⁴, przypominając, że relewantne zobowiązania pozytywne znajdują pełne zastosowanie również w warunkach zagrażających bezpieczeństwu państwa, w tym w czasie konfliktu zbrojnego⁶⁵. Zdaniem przedstawicieli doktryny powyższy wyrok odgrywać będzie znaczącą rolę w zakresie ustalenia zobowiązań państw-stron EKPC, w tym wszystkich europejskich sojuszników Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej w ramach paktu północnoatlantyckiego. W dłuższej perspektywie powinno to skłonić administrację amerykańską, prowadzącą NATO-wskie operacje wojskowe, do poważniejszego potraktowania relewantnych standardów wypracowanych w ramach strasburskiego modelu ochrony praw człowieka. Ponadto inne organy traktatowe również uznały obowiązek przeprowadzenia urzędowego śledztwa w przypadkach śmierci na skutek użycia siły śmiertelnej, zwłaszcza mających miejsce podczas potyczek zbrojnych⁶⁶.

⁶³ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 204.

⁶⁴ *Al-Skeini i inni v. Zjednoczone Królestwo*, wyrok ETPC z 7.07.2011 r., skarga nr 55721/07, par. 163.

⁶⁵ Tamże, par. 164.

⁶⁶ *Mahmut Kaya v. Turcja*, wyrok ETPC z 19.02.1998 r., skarga nr 22535/93, par. 91; wyrok w sprawie *Isayeva v. Rosja*, par. 209; *Mynra Mack Chang v. Gwatemala*, wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 25.11.2003 r., skarga nr 10.636/1990, Ser. C, nr 101, par. 152 i n.; *Humberto Sanchez v. Honduras*, wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 7.06.2003 r., skarga nr 11.073/92, Ser. C, nr 99, par. 107 i n.; *Baboeram v. Surinam*, pogląd Komitetu Praw Człowieka z 4.04.1985 r., komunikaty nr 146 i 148–154/1983, CCPR/C/24/D/146/1983, par. 14; *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, decyzja Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów z 11.10.1995 r., skarga nr 74/92, par. 22.

Podsumowanie

Na zakończenie warto nadmienić, że model stanowiący próbę uwzględnienia wszystkich omówionych powyższej priorytetów i wskazań przedstawił Sąd Najwyższy Izraela, dookreślając warunki, jakie musi spełniać selektywna eliminacja, aby można ją było uznać za legalną. Po pierwsze, państwo musi posiadać silne dowody wskazujące na fakt, że potencjalny cel ataku utracił status ochronny z uwagi na bezpośrednie zaangażowanie się w działania zbrojne. Po drugie, władze państwowe są zobowiązane do podjęcia mniej drastycznych środków dla zaprzestania stwarzania przez daną osobę dalszego zagrożenia, chyba że taka alternatywa powoduje duże ryzyko dla funkcjonariuszy danego państwa. Po trzecie, niezależne i dokładne śledztwo musi być przeprowadzone bezpośrednio po zakończeniu operacji celem ustalenia, czy była ona usprawiedliwiona. *And last but not least*, państwo musi ocenić z wyprzedzeniem, czy spodziewane straty po stronie ludności cywilnej spowodowane operacją selektywnej eliminacji są większe niż oczekiwana korzyść wojskowa, jaką może przynieść pomyślnie przeprowadzenie akcji⁶⁷. Reasumując: władze państwowe muszą: 1) wykazać, że nie mają innych, mniej dotkliwych środków działania; 2) przeprowadzić niezależne i dokładne dochodzenie mające zbadać tożsamość osób zaatakowanych i okoliczności ataku oraz 3) rozpatrzyć we właściwych przypadkach możliwość zadośćuczynienia osobom cywilnym, które ucierpiały na skutek ataku⁶⁸.

W świetle przedstawionych uwag należy jednak stwierdzić, że selektywna eliminacja uderza w dwa fundamentalne prawa człowieka, to jest prawo do życia (a właściwie zakaz arbitralnego pozbawienia życia drugiej osoby) oraz prawo do rzetelnego procesu i wymierzania sprawiedliwości w wyniku konradyktoryjnego postępowania⁶⁹. Użycie siły

⁶⁷ M. Lesh, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel. The Israeli High Court of Justice Targeted Killing Decision (Case Note)*, „The Melbourne Journal of International Law” 2007, vol. 8, s. 386–387.

⁶⁸ R. S. Schondorf, *Are „Targeted Killings” Unlawful? The Israeli Supreme Court’s Response. The Targeted Killing Judgment. A Preliminary Assessment*, „International Criminal Justice” 2007, vol. 5, s. 308. Por. też: M. Milanovic, *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Case*, „IRoRC” 2007, vol. 89, no. 866, s. 389 i n.

⁶⁹ Podobnie por. A. Howlett, *Getting „Smart”: Crafting Economic Sanctions that Respect all Human Rights*, „Fordham Law Review” 2004, vol. 73, s. 1225; wskazane za: S. Solomon, dz. cyt., s. 102, przyp. 13.

śmiercionośnej powinno być środkiem ostatecznym, podejmowanym wyłącznie w celu obrony bezpośrednio zagrożonego życia ludzkiego. Wymaga ono wyczerpania kroków zmierzających do zapewnienia bezpieczeństwa za pomocą mniej drastycznych środków i doprowadzenia do zatrzymania osoby stwarzającej zagrożenie celem postawienia jej przed bezstronnym i niezależnym organem sądowym. Śmierć osoby jest dopuszczalna jedynie jako skutek legalnego użycia broni palnej, a nie jako wyłączny cel jej użycia zaplanowany w ramach szeroko zakrojonej akcji walki z terroryzmem.

Z perspektywy międzynarodowych standardów praw człowieka praktyka skrytobójczych zabójstw dokonywanych poza konwencjonalnymi działaniami zbrojnymi (walkami kombatanckimi), podejmowana w oparciu o zinstytucjonalizowaną i systematyczną podstawę, z bardzo ograniczoną, jeśli w ogóle, weryfikacją i kontrolą publiczną, jest w pełni regresywna i zakłóca z dawna ustalony i ugruntowany porządek prawny w zakresie ochrony praw człowieka. Wypada zatem w pełni zgodzić się z konkluzją sformułowaną przez P. Alstona, w myśl której sugerowane zmiany lub posłużenie się odpowiednią modyfikacją w zakresie interpretacji grozi niedającą się naprawić szkodą dla międzynarodowego reżimu prawnego ustanowionego w celu stworzenia i utrzymania podstawowych zrębów ochrony prawa do życia i godności istoty ludzkiej⁷⁰.

⁷⁰ P. Alston, *The CIA and Targeted Killings Beyond Borders*, „Harvard National Security Journal” 2011, vol. 2, s. 289.

SELEKTYWNA ELIMINACJA A PRAWO PAŃSTWA DO SAMOOBRONY

TARGETED KILLING AND STATE'S RIGHT OF SELF-DEFENCE

Summary

The 9/11 attacks marked the beginning of the American 'War on Terrorism'. The campaign is more and more often used as a pretext for the selective elimination of various leaders, especially non-state actors that pose a threat to the security of the United States and the entire international community. The targeted killing policy has also been justified recently based on the right of self-defence contained in common law and laid down in Article 51 of the UN Charter. Any action in self-defence, however, must comply with the criteria adopted in respect of the legal use of force in self-defence. Therefore, the targeted killing based on the right of self-defence must also correspond to the criteria in order to be a legal action. However, the debate on the legality of targeted killing is not over yet, and it might never be.

key words: targeted killing, right of self-defence, war on terrorism

Wstęp

Po atakach z 11 września 2001 r. zaczęła się amerykańska wojna z terroryzmem. Uważa się, że może ona usprawiedliwiać w ramach prawa do samoobrony selektywną eliminację, która stała się tym samym ważnym środkiem walki, ponieważ jej głównym zadaniem jest wyeliminowanie liderów organizacji terrorystycznych stwarzających

zagrożenie dla bezpieczeństwa¹. Selektyną eliminację, jak uważa część autorów, należy również oddzielić od morderstwa (*assassination*), ponieważ są to dwa różne terminy, choć niejednokrotnie używane zamiennie. T. B. Hunter określił selektywną eliminację jako umyślne i prewencyjne zabijanie z premedytacją osób mogących stanowić realne zagrożenie ze względu na swoją przynależność do grup terrorystycznych². F. R. Teson zaś definiuje ten termin jako „pozasądowe, umyślne zabijanie przez państwo zidentyfikowanej osoby dla celów publicznych”³.

W literaturze anglojęzycznej obok zwrotu *targeted killing* używane są także inne, takie jak: *targeted assassination*, *decapitation*, *night ride* czy *drone strike*, które w zamyśle ogólnie znaczą to samo, ale przy dokładniejszej analizie mogą być inaczej wyjaśniane⁴.

Wykonywanie selektywnej eliminacji często jest argumentowane przez państwa jako część wykonywania prawa do samoobrony. Zgodnie z międzynarodowymi traktatami praw człowieka przyjmuje się jednak, że każdy człowiek ma prawo do życia. Czy mimo to istnieje wyjątek w stosunku do osób uważanych za terrorystów stwarzających zagrożenie dla innych i niekiedy dokonujących zamachów, w których giną niewinni ludzie? Na pewno nie jest to pytanie, na które da się jednoznacznie odpowiedzieć.

1. Selektyną eliminacja a warunki podjęcia działań w samoobronie

Rezolucje 1368 oraz 1373 przyjęte przez Radę Bezpieczeństwa po atakach z 11 września przypominają o przyrodzonym prawie każdego państwa do samoobrony, czego przykładem stały się podjęte działania w Afganistanie. Rozważania na ten temat należy zacząć od doktryny

¹ D. Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorist: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, „European Journal of International Law”, vol. 16/2005, no. 1, s. 171.

² T. B. Hunter, *Targeted Killing: Self-Defense, Preemption, and the War on Terrorism*, www.operationalstudies.com (dostęp: 1.09.2012).

³ F. R. Teson, *Targeted Killing in War and Peace: A Philosophical Analysis*; tekst na stronie: <http://www.elac.ox.ac.uk/downloads/tk%20tes%F3n%20oup.pdf> (dostęp: 15.09.2012).

⁴ S. Cardin, *The Trouble with Targeted Killing*, Security Studies, Fall 2012.

Webstera, która wyznaczyła warunki podjęcia działań w samoobronie w związku z wydanym orzeczeniem Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie statku *Caroline* z 1837 r.⁵ Sekretarz Stanu USA w swej wymianie zdań z brytyjskim ministrem spraw zagranicznych stwierdził, że państwo może podjąć działania, nie czekając na ziszczenie się napaści zbrojnej. Jednocześnie wskazał, że taka samoobrona powinna spełniać warunki konieczności i proporcjonalności, czyli działania muszą być działaniami koniecznymi, które nie dają czasu na zastanowienie się, a środki, które zostaną wykorzystane, muszą być proporcjonalne do ewentualnej napaści zbrojnej⁶. Orzeczenie to stało się fundamentem prawa do samoobrony i niejednokrotnie Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości odwoływał się do stwierdzeń o warunkach konieczności i proporcjonalności. Na podstawie sprawy *Caroline* wykształcił się pogląd, według którego defensywne użycie siły może mieć miejsce w momencie, gdy konieczność samoobrony jest natychmiastowa, przytłaczająca i nie ma możliwości wyboru innych środków, jak również nie ma chwili na jakiegokolwiek zastanowienie się. Jednym słowem: potencjalna ofiara napaści musi działać na podstawie przekonującego dowodu, że napastnik przygotowuje atak⁷. W późniejszym czasie prawo to zostało przeniesione w ramy traktatowe Karty Narodów Zjednoczonych, a Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości potwierdził wielokrotnie, że prawo do samoobrony wywodzi się również z prawa zwyczajowego.

Prawo do samoobrony w odpowiedzi na bezprawne użycie siły zostało również potwierdzone przez Instytut Prawa Międzynarodowego w Rezolucji z 27 października 2007 r., w której uznano, że art. 51 Karty uzupełniony prawem zwyczajowym wystarczająco

⁵ Dotyczyło samoobrony prewencyjnej. Statek *Caroline* był środkiem transportu broni dla rebeliantów zbuntowanych przeciwko władzy brytyjskiej w Kanadzie. Broń tę dostarczali Amerykanie. W odpowiedzi Brytyjczycy przekroczyli granicę amerykańską, niszcząc statek. To doprowadziło do wymiany między amerykańskimi a brytyjskimi władzami not, w których to sformułowane zostały warunki samoobrony. Można spotkać się z terminem „formuła Webstera” na określenie ustanowionych warunków (Webster był Sekretarzem Stanu USA i wymieniał się notami z brytyjskim ministrem).

⁶ M. Marcinko, *Wyprzedzające, a prewencyjne użycie siły*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne”, tom I, s. 46–47.

⁷ „Necessity of that self-defense is instant, overwhelming, and leaving no choice of means, and no moment for deliberation”, za: M. E. O’Connell, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, „The American Society of International Law”, August 2002, s. 9.

reguluje wykonywanie prawa zarówno do indywidualnej, jak i zbiorowej samoobrony. Konieczność i proporcjonalność są zaś niezbędnymi składnikami normatywnego charakteru tego prawa. Zgodnie z Rezolucją prawo do samoobrony powstaje w momencie, gdy państwo-cel staje się ofiarą napaści zbrojnej lub też w sposób oczywisty takie zagrożenie napaścią zbrojną występuje, a nie ma innego sposobu na zatrzymanie ataku. Atak zbrojny, który ma być podstawą do działania w samoobronie, musi być wystarczająco poważny, w przeciwnym razie nie można odpowiedzieć samoobroną. W Rezolucji potwierdzono również, że nie ma podstaw prawnomiędzynarodowych do tak zwanej samoobrony prewencyjnej, zaś w przypadku gdy istnieje groźba napaści zbrojnej, tylko Rada Bezpieczeństwa jest upoważniona do użycia siły. Samoobrona zbiorowa może być wykonywana tylko na prośbę państwa-ofiary. Wreszcie w Rezolucji uznano także, zważywszy na rosnące zagrożenie atakami ze strony podmiotów niepaństwowych, że prawo do samoobrony przysługuje również w przypadku takich zagrożeń⁸.

W związku z tym, że przepis art. 51 Karty NZ nie definiuje pojęć samoobrony czy zbrojnej napaści, jego interpretacja budzi wiele dyskusji. Szczególnie dużo kontrowersji wzbudza w przypadku zaistnienia nowych zagrożeń, z którymi coraz częściej ma do czynienia świat. Samoobrona w systemie prawa międzynarodowego przybiera przede wszystkim postać działań zbrojnych. Może to być reakcja natychmiastowa, ale jednocześnie ograniczona i krótkotrwała, operacja w większym wymiarze niemająca charakteru natychmiastowego lub na przykład wkroczenie na terytorium napastnika. Jaka to będzie samoobrona, zależy od wielu elementów, takich jak rodzaj dokonanej napaści, przygotowań wojskowych, a nawet działań dyplomatycznych⁹. Brak uregulowań pojęciowych samoobrony pozwala państwom na powoływanie się na to prawo jako argument za legalnym użyciem siły zbrojnej. Samoobrona uregulowana w Karcie NZ nie jest nowością w prawie międzynarodowym. W art. 51 dokonano jedynie kodyfikacji tego prawa, które powszechnie uznawane jest za

⁸ Institut de Droit International, Session de Santiago 2007, Tenth Commission, Present Problems of the use of Armed Force in International Law; Self-defence.

⁹ J. Kranz, *Świat współczesny wobec użycia siły zbrojnej. Dylematy prawa i polityki*, Warszawa 2009, s. 123.

przyrodzone prawo (*inherent right*) każdego państwa będącego celem napaści zbrojnej¹⁰.

Pytanie, które po tych rozważaniach należy powtórzyć, to: czy podjęcie selektywnej eliminacji można usprawiedliwiać prawem do samoobrony? Twierdząco można by odpowiedzieć jedynie w przypadku, gdy wyeliminowanie danej osoby będzie spełniało warunki podjęcia działań w samoobronie. Wykonywanie selektywnej eliminacji musi stać się ostatecznością, a nie możliwością szybkiego wyeliminowania kogoś niepożądanego, aby nie stwarzało sytuacji oskarżenia o dbanie jedynie o własne interesy. Każde użycie siły przez państwo musi również spełniać wymogi proporcjonalności i konieczności oraz musi mieć za zadanie zapobieżenie atakowi, co także zostało potwierdzone przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. W swojej opinii doradczej w sprawie użycia broni nuklearnej Trybunał stwierdził również, że samoobrona musi odpowiadać normom prawa humanitarnego. Każde państwo powinno mieć możliwość, aby walczyć z terrorystami, zanim to terrorysta zacznie tę walkę¹¹. Część autorów uważa, że znaczenie wystąpienia napaści zbrojnej, o której mowa w art. 51 Karty, odnosi się nie tylko do aktualnych użyć siły, ale także do trwających zagrożeń, co może powodować prowadzenie polityki selektywnej eliminacji tylko na przypuszczeniach¹².

Selektywną eliminację od dłuższego czasu stosuje Izrael. Dobrze ją też widać w polityce Stanów Zjednoczonych. Jednakże państwo to nie może dokładnie określić, na jakiej podstawie ją wykonuje względem różnych osób i organizacji, których członkowie stanowią zagrożenie. Wyjaśnienie, jakie przyjęto, mówi, że program selektywnej eliminacji jest odpowiedzią na ataki z 11 września 2001 r. głównie względem członków Al-Kaidy i innych organizacji z nią powiązanych i współpracujących¹³. Nie ulega wątpliwości, że ataki podmiotów niepaństwowych mogą zostać uznane za napad zbrojny, która jest jednym z warunków

¹⁰ Y. Dinstein przywołuje stwierdzenie Vattela, który powiedział, że samoobrona przeciwko usprawiedliwionemu atakowi jest nie tylko prawem każdego narodu, ale i obowiązkiem, może nawet jednym z najbardziej przerażających obowiązków; zob. Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge University Press, 2001, s. 162.

¹¹ A. Guiora, *Targeted Killing as an Active Self-Defense*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2004, vol 36, nr 2&3, s. 324.

¹² N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, s. 53.

¹³ C. Martin, *Going Medieval: Targeted Killing, Self-Defense and the ius ad bellum Regime*, www.ssrn.com/abstract=1956141, str. 233 (dostęp: 1.09.2012).

skorzystania z prawa do samoobrony, co zostało potwierdzone we wspomnianych rezolucjach Rady Bezpieczeństwa po atakach z 11 września 2001 r. Wyrazem poparcia przez Stany Zjednoczone dla selektywnej eliminacji było wyeliminowanie Osamy bin Ladena, co według niektórych stało się przyjęciem w pełni doktryny selektywnej eliminacji¹⁴. F. R. Teson uważa jednak, że sama deklaracja wojny z terroryzmem nie może stanowić legalnej podstawy do selektywnej eliminacji¹⁵.

Sędzia A. Barak z izraelskiego Sądu Najwyższego wskazał na cztery kryteria w przypadku, gdy myśli się o zabiciu kogoś, kto w danym momencie nie mierzy do nas z pistoletu. Po pierwsze, trzeba mieć dokładne informacje, że dana osoba stanowi bezpośrednie zagrożenie. Po drugie, nie ma realnej perspektywy, aby tę osobę aresztować. Po trzecie, trzeba mieć na uwadze minimalizację wyrządzenia szkody niewinnym ludziom. I po czwarte, już po eliminacji należy sprawdzić, czy wszystkie osobą w nią zaangażowane prawidłowo zastosowały wcześniej wspomniane kryteria¹⁶. Sąd Najwyższy zarówno nie zakazał, jak i nie usprawiedliwił polityki selektywnej eliminacji. Stwierdził jedynie, że każdy przypadek powinien być osobno rozpatrywany¹⁷.

Zwolennicy wskazują między innymi, że liczba ofiar ataków terrorystycznych w Izraelu spadała w kolejnych latach; choć liczba ataków ze strony podmiotów niepaństwowych się nie zmniejszyła, to jednak nie odnosiły one takiego sukcesu¹⁸. Z drugiej jednak strony mamy tych, którzy uważają selektywną eliminację za niemoralną i nielegalną i porównują ją do morderstwa. Uważają również, że jest ona nieefektywna i nie rozwiązuje problemów, a przyczynia się do jeszcze większej ich liczby. Zdaniem tych osób selektywna eliminacja może mieć destrukcyjny wpływ na system prawny w państwach demokratycznych. Ryzykowna staje się niewiadoma, kto w przypadku wyeliminowania przywódcy stanie na czele organizacji, a więc przychodzi na myśl dewiza „lepszy diabeł, którego znasz”, bo nowa osoba może być gorsza od poprzednika¹⁹.

¹⁴ S. Cardin, dz. cyt.

¹⁵ F. R. Teson, dz. cyt.

¹⁶ W. McCormack, *Targeted Killing at a Distance: Robotics and Self-Defense*, „Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal” 2012, vol. 25, no. 1, s. 369.

¹⁷ N. Melzer, dz. cyt., s. 35.

¹⁸ S. Cardin, dz. cyt.

¹⁹ Tamże.

Jednym z ważniejszych przykładów przytaczanych w związku z selektywną eliminacją jest zabicie Osamy bin Ladena w maju 2011 r. Część opinii wskazuje, że operacja w celu jego wyeliminowania miała podstawy w art. 51 Karty NZ, i powołuje się jednocześnie na słabość niemoc Pakistanu względem osoby odpowiedzialnej za zamachy z 11 września 2001 r. Niektórzy śmierć Osamy bin Ladena porównują jednak z morderstwem. Administracja za czasów Clintona uważała, że selektywna eliminacja zgodnie z prawem konfliktów zbrojnych nie jest morderstwem, jeśli ma na celu wyeliminowanie osoby, która stanowi bezpośrednie zagrożenie dla Stanów Zjednoczonych. Takie zagrożenie już w latach 90. stanowił według USA Osama bin Laden i już wtedy kraj ten powoływał się na art. 51, aby prowadzić politykę selektywnej eliminacji. Rada Bezpieczeństwa Narodowego USA stwierdziła, że Stany Zjednoczone mają prawo bronić się przed atakami ze strony Osamy bin Ladena i jego zwolenników. Polityka Clintona była kontynuowana przez administrację za czasów Busha i zaostrzona przez prezydenta Obamę²⁰.

Wyeliminowanie Osamy bin Ladena nie jest oczywiście jedynym przykładem. Selektywna eliminacja miała miejsce również w przypadku śmierci Jeana Charlesa de Menezesa podejrzanego o bycie zamachowcem-samobójcą, sześciu członków Al-Kaidy podejrzanych o kierowanie zamachu na USS Cole, jednego z przywódców Hamasu Salaha Shehadeha i innych.

Podsumowanie

Selektywna eliminacja powinna być ostatecznością w przypadku, gdy nie ma innego wyjścia. Może ona stać się alternatywą dla działań zbrojnych czy wojny, jednakże powinna być wyjątkiem, a nie zasadą. Będzie na pewno przynosiła mniej ofiar cywilnych niż w przypadku podjęcia działań zbrojnych. Może także zapobiec atakom ze strony terrorystów²¹. Eliminacja jakiejś osoby powinna odpowiadać warunkowi proporcjonalności, aby można było mówić o jej legalności zgodnie

²⁰ M. V. Vlasic, *Assassination & Targeted Killing – a Historical and post-Bin Laden Legal Analysis*, „Georgetown Journal of International Law” 2012, vol. 43, no. 2, s. 291.

²¹ A. Guior, dz. cyt., s. 324.

z międzynarodowym prawem humanitarnym. Warunek proporcjonalności odnoszony jest w tym przypadku również do art. 51 (b) Protokołu I do konwencji genewskich, który stanowi: „Następujące rodzaje ataków będą między innymi traktowane jako wykonane bez rozróżnienia²²: [...] ataki, co do których można przypuszczać, że wywołają również straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub połączenie tych strat i szkód, jeśli byłyby one nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową”. Jednakże każdy przypadek eliminacji powinien być analizowany osobno²³.

Osoba zagrażająca bezpieczeństwu może zostać wyeliminowana tylko w przypadku, gdy to zagrożenie jest poważne i oparte na rzetelnych dowodach i informacjach, że takie zagrożenie istnieje. Informacje te są odpowiednie tylko w wtedy, gdy pochodzą z dwóch różnych, niepowiązanych ze sobą źródeł. Warunkiem jest również brak innego sposobu, aby taką osobę powstrzymać²⁴.

Krytycy selektywnej eliminacji podnoszą, że jest ona uzasadniana bezprawnym pozbawieniem życia czy zamachem, jednakże jest też wykonywana przez różne państwa, takie jak na przykład Stany Zjednoczone czy Wielka Brytania. Pozbawienie życia jest w takim przypadku według *Amnesty International* bezprawnym i umyślnym zabijaniem wykonywanym na rozkaz rządu nawet w przypadku, gdy jest inne wyjście, jakim jest aresztowanie²⁵. Należy pamiętać o tym, że państwo jest odpowiedzialne za ochronę swoich obywateli, dlatego też trzeba rozważyć, czy selektywna eliminacja jest wobec własnych obywateli dopuszczalna. Niekiedy wykazuje się, że nie przynosi ona efektów w walce z terroryzmem, a wręcz przeciwnie²⁶. Państwo nie może jednak użyć

²² „Określenie »bez rozróżnienia« oznacza:

(a) ataki, które nie są skierowane przeciwko określonej celowi wojskowemu;
(b) ataki, w których stosuje się metody i środki walki, jakie nie mogą być ograniczone do określonego celu wojskowego, albo
(c) ataki, w których stosuje się metody i środki walki, jakich skutki nie mogą być ograniczone, jak to nakazuje niniejszy Protokół, i w następstwie tego w każdym z tych wypadków mogą godzić bez rozróżnienia w cele wojskowe i w osoby cywilne lub w dobra o charakterze cywilnym” (art. 51 Protokołu I do konwencji genewskich).

²³ W. J. Fisher, *Targeted Killing, Norms and International Law*, „Columbia Journal of Transnational Law” 2007, vol. 45, no. 3, s. 728.

²⁴ A. Guiora, dz. cyt., s. 322.

²⁵ Tamże, s. 329.

²⁶ Tamże.

siły przeciwko innemu państwu albo na jego terytorium w celu wyeliminowania indywidualnych osób, chyba że państwo zaatakowane ponosi odpowiedzialność za działania tych osób²⁷.

Argumenty przemawiające za stosowaniem selektywnej eliminacji należą bardziej do sfery polityki i moralności niż prawa²⁸. Wyeliminowanie osoby w czasie pokoju powinno stanowić konieczność przeciwdziałania ewentualnemu zagrożeniu dla niewinnych ludzi. Samo poczucie zagrożenia nie może być jednak podstawą do zastosowania selektywnej eliminacji. Państwo powinno mieć sprawiedliwą przyczynę, a zagrożenie musi być realne²⁹.

Debata na temat selektywnej eliminacji jeszcze się nie zakończyła i nadal będzie wywoływać burzliwą dyskusję. Z jednej strony będziemy mieli jej zwolenników, którzy uważają między innymi, że selektywna eliminacja terrorystów jest usprawiedliwiona i przynosi pozytywne efekty. Według nich nie narusza ona prawa międzynarodowego i może być stosowana nawet wtedy, gdy brak jest bezpośredniego zagrożenia. Z drugiej strony będą przeciwnicy i ich argumenty: selektywna eliminacja godzi w prawo międzynarodowe nawet w przypadku eliminacji terrorysty, narusza prawa humanitarne i politykę zagraniczną państwa, a jednocześnie stwarza podstawy do podobnej odpowiedzi drugiej strony. Argumenty zarówno zwolenników, jak i przeciwników mogą być przekonujące, jednakże selektywna eliminacja powinna podlegać regułom, aby nie wymknęła się spod kontroli.

²⁷ C. Martin, dz. cyt., s. 229.

²⁸ F. R. Teson, dz. cyt.

²⁹ Tamże.

SELEKTYWNA ELIMINACJA OSAMY BIN LADENA W ŚWIETLE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

TARGETED KILLING OF OSAMA BIN LADEN AND INTERNATIONAL LAW

Summary

Even though the operation under the code name of ‘Neptune Spear’ executed in 2011 by the US Special Forces (Navy SEAL Team 6), which was a mission to kill ‘the leading figure of world terrorism’, i.e. Osama bin Laden, was a success, it must be seen in a broader political context of the targeted killing as the operation sparked off a discussion among international law specialists. The subject of the juridical debates is, on the one hand, the analysis and the assessment of the arguments behind the legality of the operation, and attempts to classify said operation as unlawful, on the other. Certainly, the targeted killing of Osama bin Laden used to be perceived as a logical step in the global war against terrorism. However, the question is whether and to what extent the above provides a legal basis for the action, and how to classify the operation. Was it only about the exercise of the right of self-defence against al-Qaeda and its members? Or are we dealing with an actual armed conflict between the USA and al-Qaeda? Or was it, last but not least, a reasonable and justifiable operation launched by law enforcement organs? How we classify the operation is of high importance for determining whether Osama bin Laden was a legal target or his death was a result of unlawful actions. Moreover, there are legal doubts over the operations by American Special Forces on the territory of Pakistan since it is not clear whether, given the circumstances, their actions were authorized/legitimate or they infringed the state sovereignty.

key words: targeted killing, Osama bin Laden

Justice has been done.
Prezydent Barack Obama¹

Wstęp

W jednej ze scen amerykańskiego filmu fabularnego pod tytułem *Homeland Security*², traktującego o działaniach antyterrorystycznych podjętych przez Stany Zjednoczone po zamachach z 11 września 2001 r., nad jadącym przez pustynny teren samochodem pełnym pasażerów pojawia się nagle bezzałogowy statek powietrzny, który wystrzeliwuje w stronę pojazdu pocisk raketowy powietrze-ziemia, po czym odlatuje, zaś trafiony samochód na oczach widzów efektownie eksploduje. Scena ta jest najprawdopodobniej odzwierciedleniem zdarzenia, które miało miejsce 3 listopada 2002 r. w Jemenie, na pustyni niedaleko miasta Sana. Samochód, którym podróżowało sześciu ludzi (podejrzanych o członkostwo w Al-Kaidzie), został namierzony przez bezzałogowy statek powietrzny Predator, kierowany przez operatora Centralnej Agencji Wywiadowczej. Jednym z pasażerów był Qaed Salim Sinan al-Harethi, były ochroniarz Osamy bin Ladena, podejrzewany o to, że odegrał kluczową rolę w przygotowaniu i przeprowadzeniu zamachu bombowego na amerykański niszczyciel USS Cole w listopadzie 2000 r., przez co znajdował się na waszyngtońskiej liście tak zwanych *high-value targets* – należało więc go schwytąć bądź zabić. Predator mógł wykonać tylko drugą opcję – wystrzelił w stronę samochodu pocisk Hellfire i w wyniku wybuchu wszyscy pasażerowie, w tym al-Harethi, ponieśli śmierć³.

Opisany wyżej przypadek jest przykładem szczególnego rodzaju taktyki stosowanej przez Stany Zjednoczone (i kilka innych państw,

¹ Zob. White House video, *President Obama on Death of Osama bin Laden*, 1 May 2011, www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2011/05/01/president-obama-death-osama-bin-laden (dostęp: 05.09.2012).

² *Homeland Security*, reż. D. Sackheim, USA, 2004.

³ G. Solis, *Targeted Killing and the Law of Armed Conflict*, „Naval War College Review” 2007, vol. 60, no. 2, s. 130.

w tym Izrael) w globalnej wojnie z terroryzmem. Jest to taktyka określana mianem selektywnej eliminacji; w języku angielskim najczęściej nazywana *targeted killing* (choć pojawiają się również zwroty, takie jak: *targeted elimination*, *targeted self-defence*, *selective targeting*, *targeted assassination*, *extrajudicial killing*, *extrajudicial execution*). Jak do tej pory w żadnym akcie o charakterze prawnomiędzynarodowym nie zdefiniowano tej taktyki, sporo definicji formułuje natomiast doktryna i można je znaleźć w publikacjach z zakresu prawa międzynarodowego⁴. Najbardziej chyba kompleksową definicję selektywnej eliminacji zaproponował N. Melzer, autor książki *Targeted Killing in International Law*. Pod pojęciem selektywnej eliminacji rozumie on „użycie siły śmiertelności przypisywane podmiotowi prawa międzynarodowego, działającego w sposób zamierzony, rozmyślny i zaplanowany, mające na celu zabicie konkretnych, wybranych osób, które nie zostały pozbawione wolności przez podmiot przeprowadzający selektywną eliminację”⁵. N. Melzer wskazuje zatem na pięć elementów definicyjnych omawianej taktyki. Są nimi:

- użycie siły śmiertelności (*lethal force*) – warunek ten oznacza, że wobec osób będących celem selektywnej eliminacji używa się jakiegokolwiek środka polegającego na zastosowaniu siły i nie ma znaczenia, jaki jest to rodzaj broni czy jaka metoda, byleby mogły one spowodować śmierć tych osób;

⁴ Zob. np. W. C. Banks, P. Raven-Hansen, *Targeted Killing and Assassination: The U.S. Legal Framework*, „University of Richmond Law Review” 2002–2003, vol. 37, s. 671; L. Doswald-Beck, *The Right to Life in Armed Conflict: Does International Humanitarian Law Provide all the Answers?*, „IRoRC” 2006, vol. 88, no. 864, s. 894; D. Kretzmer, *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, „European Journal of International Law” 2005, vol. 16, no. 2, s. 176; T. Ruys, *License to Kill? State-Sponsored Assassination under International Law*, „Military Law and Law of War Review” 2005, vol. 44, no. 1–2, s. 15; G. Solis, dz. cyt., s. 127; V. Sunkavalli, *Targeted Killing as a Counter Terrorism Tactic: Should We Name It or Shame It?*, „University of Miami International and Comparative Law Review” 2011, vol. 18, s. 141. Zob. też: *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston – Study on Targeted Killings*, Human Rights Council, A/HRC/14/24/Add.6, 28 May 2010, s. 3, pkt 1.

⁵ N. Melzer, *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, New York 2008, s. 5.

- zamiar, rozmyślność i zaplanowanie spowodowania śmierci (*dolus directus*) – zamiar oznacza, że podmiot, który stosuje taktykę selektywnej eliminacji, chce zabić osobę będącą jej celem, co wyklucza niezamierzone, przypadkowe, stanowiące wynik niedbalstwa lub lekkomyślności użycie siły śmiertelnej; rozmyślność świadczy o tym, że ów zamiar opiera się na świadomym wyborze, nie jest to więc spontaniczne działanie kierowane impulsem lub emocjami; zaplanowanie oznacza, że śmierć osoby atakowanej jest rzeczywistym celem omawianej taktyki, zatem nie jest to pozbawienie życia, które – choć zamierzone i rozmyślne – stanowi przypadkowy wynik operacji realizowanej w innym celu;
- eliminacja konkretnych, wybranych osób – warunek ten odróżnia selektywną eliminację od operacji wymierzonych w cele o charakterze zbiorowym, nieokreślonym lub losowym;
- brak pozbawienia wolności – oznacza to, że w momencie przeprowadzania selektywnej eliminacji osoba stanowiąca jej cel nie jest pozbawiona wolności przez podmiot, który używa wobec niej siły śmiertelnej, co pozwala odróżnić selektywną eliminację od sądowych lub pozasądowych egzekucji, w przypadku których należy założyć, że osoba eliminowana była wcześniej pozbawiona wolności;
- możliwość przypisania selektywnej eliminacji podmiotowi prawa międzynarodowego – aby móc ocenić istotę i znaczenie selektywnej eliminacji w świetle prawa międzynarodowego, jej przeprowadzenie należy przypisać podmiotowi tego prawa; w tym przypadku będą to przede wszystkim państwa, choć podmioty niepaństwowe także mogą w niektórych sytuacjach stosować omawianą taktykę, jednak prawo międzynarodowe wchodzi w rachubę wówczas, jeśli reguluje, zabrania lub sankcjonuje użycie siły śmiertelnej przez te podmioty⁶.

Nie ma jednak powszechnej zgody w kwestii legalności stosowania taktyki selektywnej eliminacji. Jej zwolennicy zazwyczaj podkreślają, że jest to konieczna i uzasadniona forma odpowiedzi na zagrożenia terrorystyczne i wyzwania konfliktu asymetrycznego, rodzi ona jednak szereg problemów, rozmywając i rozszerzając granice znajdujących

⁶ Tamże, s. 3–5.

zastosowanie dziedzin prawa – międzynarodowego prawa praw człowieka, międzynarodowego prawa humanitarnego oraz prawa do użycia siły w stosunkach międzynarodowych. Poza tym państwa sięgają po to rozwiązanie w rozmaitych okolicznościach, zarówno w czasie pokoju, jak i podczas konfliktu zbrojnego. Co gorsza, nawet w sytuacjach, co do których nie ma wątpliwości, że należy je oceniać w świetle prawa humanitarnego, w praktyce pojawia się skłonność do poszerzania zakresu podmiotów, które mogą być dozwolonym celem omawianej taktyki, oraz katalogu warunków, kiedy można ją stosować⁷. Podobnie metody i środki służące do przeprowadzenia selektywnej eliminacji mogą być różnorodne i polegać na przykład na oddaniu strzału z karabinu snajperskiego bądź strzału z bliskiej odległości, ataku za pomocą pocisku raketowego wystrzelonego ze śmigłowca, okrętu lub bezzałogowego statku powietrznego, wykorzystaniu samochodu-pułapki albo zastosowaniu trucizny⁸.

Ocena legalności selektywnej eliminacji z konieczności zatem powinna uwzględniać takie kwestie, jak okoliczności jej zastosowania: czy zastosowano ją w okresie pokoju, czy w trakcie konfliktu zbrojnego, co implikuje odwołanie się do – odpowiednio – paradygmatu ochrony porządku publicznego (*law enforcement paradigm* – wówczas w ocenie należy kierować się przede wszystkim standardami w dziedzinie praw człowieka) lub paradygmatu wojennego (*war paradigm* – wówczas prawem właściwym jest międzynarodowe prawo humanitarne); określenie, czy zachodzą przesłanki prawne dopuszczające pozbawienie życia jednostki (w przypadku odwołania się do paradygmatu ochrony porządku publicznego); zdefiniowanie bezpośredniego udziału osoby cywilnej w działaniach zbrojnych (w przypadku odwołania się do paradygmatu wojennego); znaczenie stosowania selektywnej eliminacji dla suwerenności państwowej, w tym kwestia zgody danego państwa na przeprowadzenie selektywnej eliminacji na jego terytorium⁹.

Powyższe kwestie powinny być brane pod uwagę również w ramach oceny legalności jednego z najgłośniejszych chyba przypadków

⁷ *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 3, pkt 3 i 4.

⁸ Tamże, s. 4, pkt 8.

⁹ *International Humanitarian Law Research Initiative, Targeted Killings*, „IHL Primer Series”, Issue No. 3, May 2008, www.ihl.ihlresearch.org/_data/global/images/IHLRI_Primer3_TargKillings_May2008.pdf (dostęp: 04.09.2012). Por. D. Kretzmer, dz. cyt., s. 174.

selektywnej eliminacji, jakim jest operacja „Neptune Spear” wymierzona w Osamę bin Ladena. Przede wszystkim można rozważać – analizując przebieg wydarzeń i stanowisko administracji amerykańskiej – czy ten przypadek uznać należy za przykład selektywnej eliminacji. Ocenie poddać należy również okoliczności, w jakich doszło do omawianego zdarzenia. Wiadomo, że było ono elementem globalnej wojny z terroryzmem, problem jednak w tym, jak ją zakwalifikować – czy chodzi tu tylko o realizację prawa do samoobrony wobec Al-Kaidy i jej członków, czy jest to *stricte* konflikt zbrojny między Stanami Zjednoczonymi a wspomnianą terrorystyczną organizacją, czy też operacja mieszcząca się w zakresie działań służb specjalnych i jednostek stojących na straży bezpieczeństwa i porządku publicznego. Kwalifikacja ta ma istotne znaczenie dla określenia, czy Osama bin Laden był legalnym celem ataku, czy też poniósł śmierć w wyniku działań niezgodnych z prawem. Wątpliwości natury prawnej budzą ponadto działania amerykańskich sił specjalnych na terytorium Pakistanu, rodzi się bowiem pytanie, czy z uwagi na okoliczności były one dozwolone, czy też stanowiły naruszenie suwerenności tego państwa.

1. Operacja „Neptune Spear” – przebieg wydarzeń

Operacja, której nadano kryptonim „Neptune Spear”, została przeprowadzona przez oddział 24 komandosów Navy SEAL – DEVGRU (Team Six) 2 maja 2011 r. około pierwszej w nocy czasu pakistańskiego¹⁰. Cała akcja trwała 38 minut. Amerykańscy komandosi za pomocą czterech śmigłowców zostali przerzuceni z Afganistanu, przez granicę Pakistanu, do miejscowości Abbottabad (położonej około 100 km na północ od Islamabadu), gdzie znajdowała się rezydencja Osamy bin Ladena. Po opuszczeniu śmigłowców (z pewnymi kłopotami – jeden z nich miał awarię i musiał zostać zniszczony, by nie dostać się w niepowołane ręce) członkowie Navy SEAL podjęli próbę przedostania się do głównego budynku, gdzie miał przebywać bin Laden, po drodze jednak zostali ostrzelani i w odpowiedzi sami również otworzyli ogień. W wyniku tej wymiany zginęło czterech mieszkańców posiadłości: trzech mężczyzn (w tym jeden z synów bin Ladena) oraz kobieta; komandosi nie

¹⁰ Był to więc 1 maja, godzina 15.00 czasu waszyngtońskiego i 22.00 czasu polskiego.

ponieśli żadnych strat. Po tym incydencie oddział wkroczył do głównego budynku i na drugim piętrze odnalazł bin Ladena. Zaskoczony terrorysta miał zasłonić się swoją żoną, która została zraniona przez jednego z żołnierzy w nogę. Akcja nie została jednak przerwana i ostatecznie nieuzbrojony bin Laden zginął od dwóch strzałów – w głowę i w klatkę piersiową. Jeden z żołnierzy nadał wówczas meldunek: „*Geronimo EKIA (Enemy Killed in Action)*”¹¹. Członkowie oddziału zabrali ze sobą zwłoki bin Ladena, a także znalezione w posiadłości twarde dyski i dokumenty. Zgodnie z tradycją islamską, wymagającą pochówku w ciągu 24 godzin od chwili śmierci, ciało bin Ladena zostało następnie zrzucone do Oceanu Indyjskiego z pokładu lotniskowca USS Carl Vinson. Waszyngton obawiał się bowiem, że tradycyjny grób może stać się miejscem pielgrzymek i swoistym sanktuarium dla członków Al-Kaidy i zwolenników bin Ladena¹².

Kwestia, czy operacja „Neptune Spear” była przypadkiem selektywnej eliminacji, zasadniczo nie powinna budzić wątpliwości, jeśli weźmie się pod uwagę jej przebieg, stanowisko Białego Domu czy oficjalne dokumenty i akty prawne przyjęte przez administrację amerykańską, dotyczące wojny z terroryzmem. Krótko po ataku z 11 września 2001 r. Kongres Stanów Zjednoczonych przyjął bowiem dokument o nazwie *Authorization to Use Military Force (AUMF)*¹³, upoważniający prezydenta USA do zastosowania wszelkich koniecznych i właściwych środków polegających na użyciu siły militarnej wobec państw, organizacji

¹¹ Pojawiły się przypuszczenia, że nazwa „Geronimo” odnosi się do osoby bin Ladena, przedstawiciele amerykańskiej administracji wyjaśnili jednak, że nazwa ta to słowo-kod oznaczający ten etap operacji przeciwko bin Ladenowi, w którym ma on zostać schwytyany lub zabity. Zob. A. Brown, *Osama Bin Laden's Death: How it Happened*; www.bbc.co.uk/news/world-south-asia-13257330 (dostęp: 04.04.2012).

¹² Tamże. Por. K. H. Govern, *Operation Neptune Spear: Was Killing bin Laden a Legitimate Military Objective?*, [w:] C. Finkelstein, J. D. Ohlin, A. Altman [red.], *Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 354–356. Powyższy przebieg wydarzeń opiera się na oficjalnej wersji przedstawionej mediom przez administrację amerykańską. Na rynku wydawniczym – również w Polsce – pojawiła się co prawda książka autorstwa Chucka Pfarrera pt. *Operacja „Geronimo”* (Wydawnictwo „Znak”, Kraków 2012), która ma być jedyną bezpośrednią i prawdziwą relacją uczestników tej operacji, odbiegającą od informacji udzielanych przez Białą Dom, jednak z uwagi na fakt, że w niniejszym artykule analizowane jest stanowisko władz amerykańskich, skupiono się w nim tylko na oficjalnej wersji wydarzeń.

¹³ AUMF, Pub. L. No. 107–140, 115 Stat. 224, 18 September 2001.

i osób, które według prezydenta planowały, zatwierdziły, popełniły lub wspierały ataki terrorystyczne z 11 września, lub też udzieliły schronienia takim organizacjom czy osobom, w celu zapobieżenia przyszłym aktom międzynarodowego terroryzmu wymierzonym przeciw Stanom Zjednoczonym i przygotowywanym przez wspomniane państwa, organizacje i osoby. Zgodnie z treścią tego upoważnienia Biały Dom rozpoczął operacje militarne przeciwko Al-Kaidzie, talibom i sprzymierzonym z nimi siłom w Afganistanie i w innych państwach, między innymi w Iraku. Obok typowych działań zbrojnych Waszyngton zaangażował się także w tajne operacje prowadzone na terytoriach różnych państw, polegające właśnie na selektywnej eliminacji. Politykę tę realizuje najczęściej Centralna Agencja Wywiadowcza przy użyciu bezzałogowych bojowych statków powietrznych, choć zdarza się również, że w pewnych przypadkach do przeprowadzenia selektywnej eliminacji wykorzystuje się oddziały specjalne (jak w przypadku bin Ladena)¹⁴.

Co istotne, polityka selektywnej eliminacji jest traktowana przez administrację amerykańską jako zgodna z prawem i uzasadniona. W 2010 r. doradca prawny w Departamencie Stanu Harold H. Koh oficjalnie oświadczył, że polityka ta jest realizowana w oparciu o przyrodzone prawo Stanów Zjednoczonych do samoobrony, jak również o międzynarodowe prawo humanitarne, w tym sensie, że Stany Zjednoczone znajdują się „w stanie konfliktu zbrojnego z Al-Kaidą oraz z talibami i ich sprzymierzeńcami”¹⁵. W odniesieniu zaś do selektywnej eliminacji bin Ladena amerykański prokurator generalny Eric Holder odpowiadając przed senacką komisją sądową, wyraźnie podkreślił, że operacja „Neptune Spear” była „w pełni zgodna z prawem i naszymi wartościami”, a także „usprawiedliwiona jako działanie w ramach narodowej samoobrony” przeciwko „legalnemu celowi wojskowemu”¹⁶.

W podobnym duchu utrzymany jest raport amerykańskiego *Congressional Research Service* (CRS). Jego autorzy dochodzą do wniosku, że z uwagi na pozycję bin Ladena w strukturze dowodzenia

¹⁴ Zob. *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 7, pkt 18.

¹⁵ H. H. Koh, Legal Adviser, Department of State, *The Obama Administration and International Law, Keynote Address at the Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington DC, 25 March 2010, www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm (dostęp: 12.04.2012).

¹⁶ Cyt. za: A. Thorp, *Killing Osama bin Laden: Has Justice Been Done?* International Affairs and Defence Section, House of Commons, SN/IA/5967, 16 May 2011, s. 2.

Al-Kaidy, jak również przy uwzględnieniu roli, jaką odegrał w zamachach z 11 września, wydaje się nie budzić wątpliwości, że zgodnie z AUMF w chwili swojej śmierci był on legalnym celem ataku. Poza tym AUMF nie ogranicza skorzystania z upoważnienia do użycia siły do konkretnych obszarów geograficznych. Dlatego też, przynajmniej z perspektywy prawa krajowego, fakt, że Osama bin Laden został zabity poza terytorium Afganistanu, gdzie toczą się główne walki sił amerykańskich z Al-Kaidą, nie powinien wpływać na ocenę legalności omawianego zdarzenia¹⁷. W świetle stanowiska Waszyngtonu selektywna eliminacja Osamy bin Ladena nie narusza zatem amerykańskiego prawa i stanowi istotny sukces w ramach globalnej wojny z terroryzmem.

2. Amerykańska koncepcja wojny z terroryzmem a prawo międzynarodowe

Dwudziestego września 2001 r., w następstwie zamachów na World Trade Center i Pentagon, ówczesny prezydent Stanów Zjednoczonych George W. Bush wypowiedział terroryzmowi światową wojnę i oświadczył, że skończy się ona dopiero z chwilą całkowitego wypłenienia tego zła. W swoim wystąpieniu przed Kongresem USA prezydent Bush powiedział: „Nasza wojna z terrorem zaczyna się od Al-Kaidy, ale na niej się nie skończy. Skończy się ona dopiero wówczas, gdy wszystkie grupy terrorystyczne na całym świecie zostaną wytropione, powstrzymane i pokonane”¹⁸. Rozpoczęta w ten sposób wojna nie była ograniczona ani w czasie, ani w przestrzeni – nie było też do końca jasne, kto jest przeciwnikiem w tej wojnie, terror jest bowiem stanem emocjonalnym, którego nie można pokonać przy użyciu siły militarnej¹⁹.

¹⁷ Zob. *Osama bin Laden's Death: Implications and Considerations*, Congressional Research Service Report for Congress, 5 May 2011, s. 2–3.

¹⁸ *President Bush's address to a joint session of Congress*, 20 September 2001, www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html (dostęp: 12.04.2012). Warto przy okazji wspomnieć, że o wojnie z terrorem jako o wojnie przyszłości mówiła już w 1998 r. ówczesna Sekretarz Stanu USA Madeleine Albright (zob. *New Kind of War for U.S.*, „Los Angeles Times”, 31 August 1998).

¹⁹ J. Symonides, *Walka z terroryzmem w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, [w:] J. Nowakowska-Małusecka [red.], *Międzynarodowe prawo humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz–Katowice 2010, s. 165.

Powyższa wypowiedź prezydenta Busha, jak również stanowisko administracji amerykańskiej potwierdzające wypowiedzenie wojny terroryzmowi, wzbudziły szereg kontrowersji i zrodziły wiele pytań, w tym przede wszystkim o to, czy rzeczywiście można nazwać reakcję na wspomniane akty wojną w sposób, w jaki zrobiły to Stany Zjednoczone. Oczywiście można postrzegać wojnę z terroryzmem w tych samych kategoriach, co na przykład wojnę z ubóstwem czy wojnę z narkotykami, jako przenośne wezwanie do mobilizacji wszelkich sił i środków, by przeciwstawić się złu płynącemu z powyższych zjawisk. W wielu zresztą przypadkach działania podejmowane przeciwko terrorystom odnoszą się do zapobiegania i zwalczania finansowania terroryzmu bądź do tradycyjnej działalności organów ścigania i sądów, polegającej na prowadzeniu śledztw, dokonywaniu aresztowań, przeprowadzaniu ekstradycji, postępowań karnych i innych procedur dotyczących sprawców przestępstw terrorystycznych²⁰. Działania te można więc nazwać wojną, jeśli traktujemy to określenie jako publicystyczną metaforę, wskazującą na wymiar, zaangażowanie bądź intensywność podejmowanych działań politycznych, ideologicznych i wojskowych²¹.

Jeśli jednak postrzegać wojnę z terroryzmem z perspektywy militarnej, oznaczałoby to, że od chwili jej ogłoszenia walką z terroryzmem mają się zająć siły wojskowe, a współpraca pomiędzy państwami w powyższym zakresie ma się równać współdziałaniu nie tylko w sprawach kryminalnych, lecz także *stricto* militarnych²². Z prawnego punktu widzenia wymaga to jednak skonkretyzowania, kto w tej wojnie jest przeciwnikiem Stanów Zjednoczonych. Jak zauważa J. Symonides, „użycie terminu »wojna« zgodnie z konwencjami genewskimi może się stosować do konfliktów między ich stronami, czyli państwami. W przypadku wojny z terroryzmem strona przeciwna nie jest zidentyfikowana. Kto jest przeciwnikiem – poszczególne osoby, organizacje czy państwa je wspierające?”²³. W świetle stanowiska Waszyngtonu to Al-Kaida dokonała napaści zbrojnej na USA we wrześniu 2001 r. i w odpowiedzi

²⁰ Y. Dinstein, *Ius ad Bellum Aspects of the „War on Terrorism”*, [w:] W. P. Heere [red.], *Terrorism and the Military: International Legal Implications*, T.M.C. Asser Press, The Hague 2003, s. 22.

²¹ J. Symonides, dz. cyt., s. 165.

²² T. R. Aleksandrowicz, *Śmierć Osamy bin Ladena. Kontrowersje i usprawiedliwienie*, „Terroryzm – studia i analizy” 2011, nr 2, s. 14.

²³ J. Symonides, dz. cyt., s. 166.

na tę napaść Stany Zjednoczone powołały się na prawo do samoobrony, zgodnie z art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych. W konsekwencji między USA a Al-Kaidą (jako podmiotem niepaństwowym) trwa konflikt zbrojny, który toczy się nie tylko na terytorium Afganistanu, lecz obejmuje także każde miejsce na świecie, gdzie są bądź znajdują się członkowie Al-Kaidy, i będzie trwał tak długo, jak długo członkowie ci będą prowadzić działania zbrojne wymierzone w USA²⁴. Jak ujął to H. H. Koh, Stany Zjednoczone prowadzą wojnę wynikającą z samoobrony przed wrogiem, który zaatakował USA we wrześniu 2001 r.; wróg ten jest odpowiedzialny również za wcześniejsze zamachy terrorystyczne i planuje kolejne ataki zbrojne w przyszłości²⁵.

Proklamowanym celem wojny z terroryzmem stała się więc „ochrona obywateli USA i ich sojuszników, ochrona interesów gospodarczych Stanów Zjednoczonych w kraju i za granicą, zniszczenie komórek terrorystycznych w USA i rozbięcie międzynarodowej sieci organizacji terrorystycznych powiązanych z Al-Kaidą”²⁶, zaś cel ten ma zostać osiągnięty przy wykorzystaniu sił zbrojnych na terytorium obcych państw i przy deklarowanym zastosowaniu międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych. Tym samym wojna z terroryzmem miała być nowego rodzaju wojną, której część stanowią konflikty zbrojne²⁷.

Powszechna krytyka i kwestionowanie wojny z terroryzmem, w tym prób jej uzasadniania prawnego, doprowadziły ostatecznie do rezygnacji z tej koncepcji przez administrację prezydenta Baracka Obamy²⁸. Nie uszło to uwadze Osamy bin Ladena, który stwierdził, że Waszyngton zrezygnował z posługiwania się tym pojęciem, by nie prowokować muzułmanów²⁹. Od marca 2009 r. termin „*war on terrorism*” zastąpiony został nowym zwrotem – „*overseas contingency*”

²⁴ A. S. Deeks, *Pakistan's Sovereignty and the Killing of Osama Bin Laden*, „ASIL Insights”, 5 May 2011, vol. 15, issue 11, www.asil.org/insights110505.cfm (dostęp: 12.04.2012).

²⁵ H. H. Koh, dz. cyt.

²⁶ J. Symonides, dz. cyt., s. 165.

²⁷ M. Balcerzak, *Terroryzm a międzynarodowe prawo humanitarne – kilka refleksji*, [w:] T. Jasudowicz [red.], *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2007, s. 145.

²⁸ J. Symonides, dz. cyt., s. 167.

²⁹ Zob. J. Brennan, *The Ethics and Efficacy of the President's Counterterrorism Strategy* (transcript of remarks), 30 April 2012, www.wilsoncenter.org/event/the-ethics-and-ethics-us-counterterrorism-strategy (dostęp: 04.09.2012).

operation”³⁰. W kontekście omawianego przypadku selektywnej eliminacji warto jednak bliżej przyjrzeć się tym elementom wojny z terroryzmem, które mają znaczenie dla prawa międzynarodowego i które z punktu widzenia tego prawa budzą kontrowersje – chodzi o możliwość skorzystania z prawa do samoobrony w przypadku ataku dokonanego przez organizację terrorystyczną, prowadzenia konfliktu zbrojnego przeciw takiej organizacji oraz zaatakowania członków tej organizacji znajdujących się na terytorium suwerennego państwa bez jego zgody.

Prawo do samoobrony wobec Al-Kaidy

Zarówno administracja prezydenta G. W. Busha, jak i prezydenta B. Obamy podzielały stanowisko, w świetle którego Stany Zjednoczone w dniu 11 września 2001 r. stały się ofiarą napaści zbrojnej, co pozwalało im na użycie siły w ramach samoobrony, zgodnie z art. 51 Karty NZ, i co potwierdziły następnie Rezolucje Rady Bezpieczeństwa 1368 (2001) i 1373 (2001). W rezultacie powołania się na prawo do samoobrony Waszyngton rozpoczął wojnę z terroryzmem, której skonkretyzowany, militarny aspekt przyjął formę konfliktu zbrojnego z Al-Kaidą – podmiotem niepaństwowym mającym członków na całym świecie. Użycie wobec nich siły wymaga zatem podejmowania operacji militarnych na terytoriach innych państw, a przyrodzone prawo do samoobrony mogłoby wówczas służyć jako uzasadnienie takich operacji, wymierzonych w terrorystów z Al-Kaidy, nie zaś w państwa, na których obszarze ci terroryści się znajdują. Zgodnie z tym stanowiskiem, jeśli państwo jest w stanie konfliktu zbrojnego z podmiotem niepaństwowym, takim jak organizacja terrorystyczna, granice tego konfliktu nie ograniczają się do rzeczywistego „teatru wojny” (jak w przypadku Afganistanu), lecz obejmują każde miejsce na świecie, gdzie przebywają członkowie tej organizacji, o ile są oni zaangażowani w działania zbrojne przeciwko temu państwu³¹.

Co więcej, w ramach powołania się na prawo do samoobrony wobec Al-Kaidy Waszyngton poszedł o krok dalej, uznając, że ze względu

³⁰ J. Symonides, dz. cyt., s. 177.

³¹ A. S. Deeks, dz. cyt.

na okoliczności można w jej przypadku zastosować wyprzedzające, a nawet prewencyjne użycie siły. Zdaniem H. H. Koha „Al-Kaida nie porzuciła swoich zamiarów dotyczących zaatakowania Stanów Zjednoczonych i w istocie nadal nas atakuje. Dlatego w owym toczącym się konflikcie zbrojnym Stany Zjednoczone są uprawnione w świetle prawa międzynarodowego i zobowiązane wobec własnych obywateli do użycia siły, w tym siły śmiertelnej, by się bronić, atakując takie osoby, jak wysocy rangą przywódcy Al-Kaidy odpowiedzialni za planowanie ataków”³². Przyjęcie takiej koncepcji zakłada zatem możliwość odpowiedzi w ramach samoobrony na atak zbrojny dokonany przez organizację terrorystyczną, przy czym specyfika tego podmiotu niepaństwowego powoduje, że działania militarne podejmowane wobec niego mogą być prowadzone na całym świecie i mają zapobiegać planowanym, przyszłym zamachom, więc mogą mieć charakter prewencyjny.

Pewne wątpliwości budzić może powołanie się na prawo do samoobrony wobec podmiotu niepaństwowego. W doktrynie prawa międzynarodowego dość popularny (zaś wśród przedstawicieli amerykańskiej doktryny dominujący) jest jednak obecnie pogląd, zgodnie z którym napaści zbrojnej, w rozumieniu art. 51 Karty NZ, może dokonać nie tylko państwo, lecz także podmiot niepaństwowy³³. Przykładowo T. Franck podkreśla, że art. 51 mówi o napaści zbrojnej na jedno z państw członkowskich ONZ, nie wskazuje jednak, że napaść ta

³² H. H. Koh, dz. cyt. Zob. też: A. Thorp, dz. cyt., s. 4. Biorąc pod uwagę przedstawione założenia, J. Paust dochodzi do wniosku, że „zabicie bin Laden’a było dopuszczalne w świetle art. 51 Karty NZ, który pozwala Stanom Zjednoczonym uczynić przywódcę Al-Kaidy przedmiotem ataku w ramach samoobrony w odpowiedzi na trwające ataki zbrojne przeciw amerykańskiemu personelowi wojskowemu i innym obywatelom USA w Afganistanie oraz [...] na terenach przygranicznych z Pakistanem” (J. J. Paust, *Permissible Self-Defense Targeting and the Death of Bin Laden*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2011, vol. 39, no. 4, s. 580).

³³ Co ciekawe, Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w swojej opinii doradczej w sprawie izraelskiego muru bezpieczeństwa stwierdził, że art. 51 Karty NZ uznaje istnienie przyrodzonego prawa do samoobrony w przypadku napaści zbrojnej dokonanej przez jedno państwo przeciwko innemu państwu. Nie można natomiast powoływać się na to prawo, gdy atak zostaje przeprowadzony przez podmiot niepaństwowy (zob. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 2004, pkt 139). Szerzej na ten temat zob. M. Kowalski, *Armed Attack, Non-State Actors and a Quest for the Attribution Standard*, „Polish Yearbook of International Law” 2010, vol. XXX, s. 121–122.

musi zostać przeprowadzona przez inne państwo³⁴. Podobnie uważa Y. Dinstein, według którego napaść zbrojna w rozumieniu art. 51 może zostać dokonana nie tylko przez inne państwo, lecz także z terytorium innego państwa³⁵. Zdaniem T. Gilla użycie siły w ramach samoobrony co do zasady może znaleźć zastosowanie w sytuacjach, w których napaść zbrojna skierowana przeciwko państwu została przeprowadzona przez podmiot niepaństwowy, jeśli oczywiście istnieją niezbite dowody wskazujące na to, że podmiot taki jest odpowiedzialny za określony atak bądź serię ataków uznanych za napaść zbrojną³⁶. Z kolei J. Paust uważa, że skoro twórcy Karty NZ nie przewidzieli, że istotnym zagrożeniem dla bezpieczeństwa państw mogą być nie tylko działania innych państw, lecz także podmiotów niepaństwowych, takich jak organizacje terrorystyczne, państwa muszą same bronić się przed terroryzmem, odwołując się do nowej konstrukcji samoobrony. Zgodnie z tą konstrukcją państwo zagrożone aktywnością organizacji terrorystycznej uprawnione jest do podjęcia przeciwko niej działań zbrojnych, które nie będą stanowić naruszenia art. 2 ust. 4 Karty NZ. Powinny one zatem polegać na ograniczonym i tymczasowym użyciu siły wyłącznie w celu usunięcia zagrożenia terrorystycznego. Dopóki działania te nie są skierowane przeciwko ludności cywilnej lub własności państwa, na którego terytorium przebywają terroryści, oraz nie wiążą się one z realizacją celów ekspansjonistycznych lub politycznych, użycie siły nie stanowi naruszenia integralności terytorialnej lub suwerenności, a więc nie jest sprzeczne z art. 2 ust. 4 Karty NZ. Co więcej, powyższa argumentacja eliminuje również potrzebę uzasadniania użycia siły w kontekście art. 51 Karty NZ³⁷.

Celowościowa wykładnia art. 51 Karty NZ również zdaje się przemawiać za tym, by na decyzję o zastosowaniu prawa do samoobrony miały wpływ przede wszystkim rozmiar i skutki ataku, nie zaś fakt, czy dokonało go państwo, czy podmiot niepaństwowy. Z jednej strony trudno jest bowiem ustalić, kto ponosi odpowiedzialność za zamachy,

³⁴ T. M. Franck, *Terrorism and the Right of Self-Defense*, „American Journal of International Law” 2001, vol. 95, s. 840.

³⁵ Y. Dinstein, dz. cyt., s. 17.

³⁶ T. D. Gill, *The Eleventh of September and the Right of Self-Defense*, [w:] W. P. Heere [red.], dz. cyt., s. 27.

³⁷ Zob. J. J. Paust, *Responding Lawfully to International Terrorism*, „Whittier Law Review” 1986, vol. 8, s. 716–717.

jeżeli struktura organizacyjna określonego państwa znajduje się w rozkładzie, co ma miejsce w przypadku tak zwanych państw upadłych (*failed states*). Z drugiej zaś strony grupy terrorystyczne są obecnie w stanie przeprowadzać ataki porównywalne z działaniami zbrojnymi podejmowanymi przez państwa³⁸. Zamach terrorystyczny przeprowadzony spoza terytorium państwa-ofiary bądź seria takich zamachów o wystarczająco poważnym rozmiarze i skutkach może więc stanowić napaść zbrojną, która daje podstawę do użycia przez państwo siły w ramach prawa do samoobrony³⁹. Należy jednak pamiętać, że państwo-ofiara zamachu terrorystycznego musi wówczas przestrzegać zasad konieczności i proporcjonalności. Zgodnie z zasadą konieczności odwołanie się do siły w odpowiedzi na napaść zbrojną powinno być ostatecznością, gdy wszelkie inne środki obrony zawiodły bądź nie są dostępne. Co więcej, celem użycia siły winno być powstrzymanie ataku bądź zapobieżenie kolejnemu atakowi, nie zaś ukaranie bądź działanie odwetowe. Z kolei w świetle zasady proporcjonalności środki defensywne nie powinny przekraczać stopnia użycia siły potrzebnego do osiągnięcia celu samoobrony, czyli obrony państwa-ofiary przed dalszymi zamachami terrorystycznymi⁴⁰.

Podsumowując: wobec Al-Kaidy, jako podmiotu niepaństwowego, któremu przypisuje się zorganizowanie i przeprowadzenie zamachów na World Trade Center i Pentagon, można było podjąć działania w ramach samoobrony (choć wątpliwości rodzi proporcjonalność zastosowanych środków). Wskazać jednak należy na pewne niebezpieczeństwo związane z prowadzeniem operacji militarnych wymierzonych w bazy terrorystyczne położone na terytorium innego kraju, szczególnie gdy

³⁸ Zob. C. Stahn, „*Nicaragua is dead, long live Nicaragua*” – *the Right to Self-defence under Art. 51 UN Charter and International Law*, [w:] Ch. Walter i in. [red.], *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Springer Verlag, Berlin–Heidelberg 2004, s. 830. Warto przytoczyć tu stanowisko Rady Sojuszu Północnoatlantyckiego, która w oświadczeniu wydanym 12.09.2001 r. nie poruszyła kwestii, czy ataki z 11 września można przypisać talibom lub Afganistanowi, lecz zamiast tego powołała się na formułę umożliwiającą potraktowanie tych ataków jako napaści zbrojnej. Sojusz uznał bowiem, że atakiem na Stany Zjednoczone kierowano spoza terytorium tego państwa, co uzasadniało podjęcie działań przewidzianych w art. 5 Traktatu waszyngtońskiego. Zob. *Statement of the North Atlantic Council*, 12 September 2001, www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm (dostęp: 04.09.2012).

³⁹ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 186–187.

⁴⁰ Tamże, s. 187–188.

mają one miejsce bez zgody tego kraju. Takie środki antyterrorystyczne, choć z natury ograniczone i przejściowe, mimo wszystko stanowią formę ingerencji zbrojnej w sprawy innego państwa. Co więcej, niosą one ze sobą ryzyko konfliktu międzypaństwowego, nie można bowiem nigdy z góry całkowicie wykluczyć sytuacji, w której, nawet pomimo zachowania szczególnych środków ostrożności, interwencja zbrojna wymknie się z rąk prowadzącego ją państwa i przekształci się w pełnowymiarowy konflikt zbrojny między państwem dokonującym interwencji a państwem, na którego terytorium znajdują się terroryści⁴¹.

Z pewnością dla Waszyngtonu korzystna jest taka interpretacja prawa do samoobrony, która pozwala na nieograniczone stosowanie siły w odpowiedzi na atak ze strony podmiotu niepaństwowego, bez względu na to, gdzie ten podmiot bądź jego członkowie się znajdują. W takim przypadku realizacja prawa do samoobrony w związku z zamachami z 11 września 2001 r. nie miałaby ani granic czasowych (zakończenie wojny z terroryzmem wymagałoby zniszczenia wszystkich komórek Al-Kaidy), ani granic geograficznych (działania antyterrorystyczne mogłyby być prowadzone w każdym zakątku świata, rzeczywiście przyjmując wymiar globalny). W praktyce trudno wyobrazić sobie całkowitą likwidację struktur terrorystycznych, a walkę z terroryzmem prowadzoną eksterytorialnie przez jedno państwo na obszarze innych państw – bez ich zgody – ciężko pogodzić z zasadą suwerenności i integralności terytorialnej. Kwestia naruszenia owej suwerenności pojawiła się właśnie w omawianym przypadku selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena, który w czasie przeprowadzania operacji „Neptune Spear” przebywał na terytorium Pakistanu.

Operacja „Neptune Spear” a suwerenność Pakistanu

W świetle fundamentalnego dla współczesnego prawa międzynarodowego zakazu użycia siły państwa zobowiązane są nie tylko do powstrzymywania się od używania siły we wzajemnych stosunkach, lecz także do zapobiegania atakom, które mogą być przeprowadzone z ich

⁴¹ R. Grote, *Between Crime Prevention and the Laws of War: Are the Traditional Categories of International Law Adequate for Assessing the Use of Force against International Terrorism?*, [w:] Ch. Walter i in. [red.], dz. cyt., s. 971–972.

terytorium przez podmioty niepaństwowe. Przykładowo państwo w sposób świadomy nie może dopuszczać do wykorzystywania swego terytorium jako bazy służącej do przeprowadzania ataków terrorystycznych wymierzonych w inne państwo. Zasada ta odnosi się jednak do sytuacji, gdy dane państwo może skutecznie walczyć z terroryzmem. Co jednak w sytuacji gdy nie jest w stanie sprostać temu zadaniu?

Według E. Grossa jeśli państwo jest słabe i nie jest w stanie poradzić sobie z działalnością terrorystyczną prowadzoną na jego terytorium, nie może być odpowiedzialne za tę działalność, a zatem w świetle art. 51 Karty NZ użycie siły przeciwko takiemu państwu jest zakazane. Jeżeli więc państwo, na którego terytorium ma siedzibę organizacja terrorystyczna kierująca z tego obszaru działaniami terrorystycznymi wymierzonymi w inne kraje, nie współpracuje z tą organizacją lub nie jest w stanie skutecznie jej zwalczać, odpowiedzialność za napaść zbrojną na państwo-ofiarę należy przypisać wyłącznie tej organizacji⁴². W przypadku zaś państw, które nie sprawują efektywnej władzy nad swoim terytorium, obecność terrorystów, którzy dokonali ataków, mogłaby właściwie wystarczyć, by uzasadnić działania zbrojne w ramach samoobrony. Działania te musiałyby być jednak skierowane wyłącznie przeciw terrorystom. Podejście to może oczywiście zostać potraktowane jako ograniczone rozszerzenie zakresu samoobrony na przypadki napaści zbrojnej lub bezpośredniego zagrożenia taką napaścią ze strony podmiotów niepaństwowych, lecz jedynie w tych rzadko występujących sytuacjach, w których uzasadnia to brak efektywnego sprawowania władzy przez państwo⁴³.

Generalnie jednak w przypadku zagrożenia ze strony podmiotu niepaństwowego warunkiem użycia siły przez jedno państwo na terytorium państwa, w którym znajduje się ten podmiot, jest uprzednia zgoda tego drugiego państwa. Jedynym wyjątkiem od wymogu uzyskania zgody może być sytuacja, gdy zaistnieje natychmiastowa konieczność użycia siły, by w ten sposób powstrzymać lub zapobiec napaści zbrojnej.

⁴² E. Gross, *The Laws of War Waged Between Democratic States and Terrorist Organizations: Real or Illusive?*, „Florida Journal of International Law” 2003, vol. 15, no. 4, s. 449.

⁴³ J. Brunnée, S. J. Toope, *The Use of Force: International Law After Iraq*, „International and Comparative Law Quarterly” 2004, vol. 53, part 4, s. 795. Por. K. N. Trapp, *The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams*, „European Journal of International Law” 2009, vol. 20, no. 4, s. 1053.

Co oczywiste, siły można wówczas użyć wyłącznie przeciw podmiotowi niepaństwowemu i zajmowanym przez niego celom wojskowym, nie zaś przeciw państwu, na którego terytorium znajduje się wspomniany podmiot. Użycie siły powinno być również ograniczone do działań podyktowanych samoobroną, z zachowaniem zasady proporcjonalności⁴⁴.

Realizując operację „Neptune Spear”, Biały Dom posłużył się jednak mniej restrykcyjną (choć zbliżoną) koncepcją. Zgodnie z nią jeśli z terytorium danego państwa prowadzone są działania zbrojne przez podmiot niepaństwowy (na przykład organizację terrorystyczną) przeciwko innemu państwu, a państwo, na którego terytorium przebywa ten podmiot, „nie chce bądź nie jest w stanie” (*unwilling or unable*) podjąć jednostronnie działań, by walczyć z tym podmiotem, wówczas państwo-ofiara ataków może uznać za konieczne i zgodne z prawem użycie siły wobec tego podmiotu (pod warunkiem zachowania zasady proporcjonalności i tylko na czas eliminacji zagrożenia). Uzasadnieniem podjętych działań zbrojnych jest w takim przypadku realizacja przyrodzonego prawa do samoobrony w odpowiedzi na napad zbrojny ze strony podmiotu niepaństwowego⁴⁵. Przykładowo jeśli państwo A zostało zaatakowane przez ugrupowanie terrorystyczne z terytorium państwa B, a państwo B nie ma zamiaru podejmować żadnych akcji, by rozprawić się z tym ugrupowaniem, wówczas państwo A, powołując się na prawo do samoobrony, jest uprawnione do podjęcia działań w odpowiedzi na terrorystyczną napad zbrojny, przeprowadzoną z terytorium państwa B, czyniąc to, co w pierwszym rzędzie powinno było zrobić państwo B, lecz tego nie zrobiło – nie użyło siły przeciwko terrorystom znajdującym się na jego terytorium⁴⁶. Należy ponadto zaznaczyć, że taka operacja polegająca na eksterytorialnym ściganiu terrorystów, przeprowadzona przez państwo A i odbywająca się na terytorium państwa B, nie może być skierowana przeciwko państwu B, lecz wyłącznie przeciw terrorystom, którzy w tym państwie znaleźli schronienie.

W prawie międzynarodowym brak jest jednak wyraźnie określonych warunków legalności zastosowania powyższej koncepcji. Co

⁴⁴ Por. M. S. Wong, *Targeted Killings and the International Legal Framework: With Particular Reference to the U.S. Operation against Osama bin Laden*, „Chinese Journal of International Law” 2012, vol. 11, s. 138.

⁴⁵ A. S. Deeks, dz. cyt.

⁴⁶ Y. Dinstein, dz. cyt., s. 20. Por. A. S. Deeks, dz. cyt.

najwyżej przy jej stosowaniu można kierować się ogólnymi kryteriami, wyodrębnionymi z praktyki państw w tym zakresie. Kryteria te są następujące:

- państwo-ofiara napaści (A) powinno zwrócić się do państwa, na którego terytorium znajduje się podmiot niepaństwowy (B), z prośbą o eliminację zagrożenia, przy czym państwo A powinno dać państwu B stosowny czas na odpowiedź;
- państwo A powinno racjonalnie ocenić możliwości kontroli sytuacji i podejmowania stosownych działań przez państwo B na obszarze, z którego pochodzi zagrożenie;
- państwo A powinno obiektywnie rozważyć zaproponowane przez państwo B środki służące eliminacji zagrożenia;
- państwo A powinno ocenić swoje wcześniejsze relacje z państwem B⁴⁷.

Uwzględniając wszelkie możliwe scenariusze i koncepcje, można dojść do wniosku, że użycie siły przez Stany Zjednoczone na terytorium Pakistanu, skierowane przeciw Osamie bin Ladenowi, mogłoby zostać uznane za legalne jedynie w trzech przypadkach: gdyby Pakistan wyraził na to zgodę, gdyby Stany Zjednoczone do użycia siły upoważniła Rada Bezpieczeństwa ONZ albo gdyby Stany Zjednoczone działały w ramach samoobrony i na podstawie kompleksowej oceny okoliczności uznały, że Pakistan „nie chce lub nie jest w stanie” zwalczać zagrożenia, jakie dla USA stanowi Al-Kaida i jej członkowie⁴⁸.

Waszyngton zdecydował się na третią z przedstawionych możliwości, bowiem w jego ocenie Pakistan „nie chciał bądź nie był w stanie” podjąć stosownych działań wobec Osamy bin Ladena. Na taką ocenę złożyły się następujące fakty i przypuszczenia:

- prośba skierowana do rządu Pakistanu o możliwość podjęcia akcji przeciw bin Ladenowi najprawdopodobniej uniemożliwiłaby wykonanie misji;
- wielkość i miejsce położenia posiadłości oraz znajdujące się niedaleko niej instalacje wojskowe podwały w wątpliwość realizację zobowiązań Pakistanu dotyczących zwalczania Al-Kaidy;

⁴⁷ A. S. Deeks, dz. cyt.

⁴⁸ A. Thorp, dz. cyt., s. 7.

- istniało podejrzenie, że niektórzy przedstawiciele pakistańskiego rządu wiedzieli o obecności bin Ladena w Pakistanie i mogli go nawet informować o działaniach Stanów Zjednoczonych prowadzonych przeciw niemu⁴⁹;
- istniały wątpliwości co do możliwości przeprowadzenia udanej akcji przeciw bin Ladenowi przez siły pakistańskie ze względu na fakt, że był on wyjątkowym i prawdopodobnie dobrze chronionym przeciwnikiem⁵⁰.

Nie jest do końca jasne, czy rząd Pakistanu wiedział o planowanej operacji bądź czy wyraził na nią zgodę⁵¹. W różnych raportach i publikacjach prasowych znaleźć można informacje, że Pakistan nieoficjalnie mógł zezwolić Amerykanom na przeprowadzanie tego rodzaju operacji jak „Neptune Spear”, oficjalnie jednak wyraźnie się im sprzeciwiał. W przypadku selektywnej eliminacji bin Ladena można odnieść wrażenie, że Pakistan zaakceptował tę akcję po tym, jak się już zakończyła⁵². Niemniej jednak w swoich oficjalnych wypowiedziach

⁴⁹ Główny doradca prezydenta B. Obamy do spraw antyterroryzmu John Brennan stwierdził nawet wprost, że jest rzeczą niewyobrażalną, by Osama bin Laden nie posiadał żadnego wsparcia na obszarze Pakistanu (zob. *Osama Bin Laden Killed in U.S. Raid, Buried at Sea*, „Washington Post”, 2 May 2011; J. Barnes, M. Rosenberg, *Signs Point to Pakistan Link*, „Wall Street Journal”, 5 May 2011).

⁵⁰ A. S. Deeks, dz. cyt. Według V. Nandy amerykańskie operacje antyterrorystyczne na terytorium Pakistanu, w tym przypadki selektywnej eliminacji, uzasadniać też można tym, że w sensie geograficznym region konfliktu rozciąga się od Afganistanu do Pakistanu, że członkowie Al-Kaidy i talibowie oraz ich sprzymierzeńcy często przekraczają nieszczelną granicę między tymi państwami, i wreszcie tym, że Pakistan w sposób dorozumiany wyraził zgodę na tego typu operacje (zob. V. P. Nanda, *International Law Implications of the United States „War on Terror”*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2009, vol. 37, s. 533).

⁵¹ Według informacji udzielonych reporterom BBC przez przedstawiciela pakistańskiego wywiadu, kiedy amerykańskie śmigłowce przekroczyły granicę i znalazły się w pakistańskiej przestrzeni powietrznej, Waszyngton przekazał pakistańskim służbom wywiadowczym wiadomość o przeprowadzanej właśnie operacji przeciw „high value target”, nie ujawnił jednak, że chodzi o Osamę bin Ladena (A. Brown, dz. cyt.).

⁵² A. Thorp, dz. cyt., s. 7. W tym kontekście znamieną jest wypowiedź prezydenta Pakistanu Asifa Ali Zardariego, zamieszczona na łamach „Washington Post”: „Mimo że wydarzenia te [...] nie były wspólną operacją, dziesięciolecie współpracy i partnerstwa między Stanami Zjednoczonymi a Pakistanem doprowadziło do eliminacji Osamy bin Ladena, stanowiącego stałe zagrożenie dla cywilizowanego świata. My w Pakistanie czerpiemy satysfakcję z tego, że nasza wcześniejsza pomoc w zidentyfikowaniu kuriera Al-Kaidy nareszcie doprowadziła do tego dnia” (zob. *Pakistan Did Its Part*, „Washington Post”, 2 May 2011).

przedstawiciele rządu wyrażali sprzeciw wobec „bezprawnej, jednostronnej akcji zbrojnej” USA i podkreślali, że przypadek ten „nie powinien w przyszłości służyć jako precedens dla innych państw”⁵³. Zdaniem byłego prezydenta Perveza Musharrafa operacja ta stanowiła naruszenie suwerenności Pakistanu, zaś premier tego państwa ostrzegł Stany Zjednoczone, że w przypadku kolejnej takiej akcji antyterrorystycznej siły pakistańskie będą bronić własnej przestrzeni powietrznej. Podobne ostrzeżenie sformułował wobec Amerykanów głównodowodzący pakistańskimi siłami zbrojnymi generał Ashfaq Kayani. Bez względu jednak na wspomniane wypowiedzi w obecnej sytuacji mało prawdopodobne jest, by Pakistan faktycznie sprzeciwił się tego rodzaju amerykańskim operacjom⁵⁴.

Koncepcja „*unwilling or unable*”, i związany z nią brak wymogu wyraźnej zgody państwa, na którego terytorium znajduje się podmiot niepaństwowy będący celem działań zbrojnych w ramach samoobrony, choć wydaje się zasadna, może prowadzić do nadużyć ze strony państw na nią się powołujących. Mogą one na przykład nawet nie podejmować prób uzyskania wspomnianej zgody, uzasadniając swoje działania koniecznością użycia siły w samoobronie⁵⁵. Należy również podkreślić, że potrzeba uzyskania takiej zgody tworzy swego rodzaju geograficzne ograniczenie dla realizacji prawa do samoobrony. Jak zauważa M. Wong, następstwem tego ograniczenia może być zapobieżenie zbyt szerokiej interpretacji prawa do samoobrony. Ogólnym przesłaniem nie jest tu próba nałożenia na samoobronę ograniczeń geograficznych *per se*; chodzi raczej o to, że takie ograniczenie może pomóc w przestrzeganiu warunku proporcjonalności w tym sensie, że użycie siły w samoobronie musi być proporcjonalne w stosunku do uruchamiającej mechanizm samoobrony napaści zbrojnej⁵⁶.

W odniesieniu do operacji polegających na selektywnej eliminacji, z uwagi na ich specyfikę i mocno zindywidualizowany charakter, trudno przyjmować założenia ogólnej natury, należy raczej badać je i analizować *a casu ad casum*. Samą zaś kwestię powołania się na prawo do samoobrony wobec podmiotu niepaństwowego oraz wymóg zgody (lub jej brak) państwa, na którego terytorium ma zostać przeprowadzona

⁵³ A. S. Deeks, dz. cyt.

⁵⁴ A. Thorp, dz. cyt., s. 7.

⁵⁵ Por. M. S. Wong, dz. cyt., s. 139.

⁵⁶ Tamże, s. 141.

operacja militarna przeciw terrorystom, potraktować można jako dwa aspekty selektywnej eliminacji mieszczące się w ramach *ius ad bellum*. Należy jednak pamiętać, że nawet przy założeniu, że art. 51 Karty NZ może posłużyć jako wyjątek od zakazu użycia siły wobec Al-Kaidy, nie przysługuje on wobec jednostek. Podobnie, jeśli przyjąć, że prawo do samoobrony może być uzasadnieniem dla użycia siły na terytorium innego państwa, nie może ono służyć jako wyłączenie uzasadnienie dla użycia siły wobec ściganej osoby. Ocenę legalności selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena należałoby zatem przeprowadzić w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego (MPH) i/lub międzynarodowego prawa praw człowieka, nie zaś wyłącznie na podstawie prawa do samoobrony⁵⁷.

Konflikt zbrojny z Al-Kaidą

Jak już wyżej była mowa, administracja amerykańska utrzymuje, że „Stany Zjednoczone prowadzą konflikt zbrojny z Al-Kaidą, talibami i siłami ich wspierającymi, co stanowi odpowiedź na ataki z 11 września 2001 roku”⁵⁸. Co istotne, konflikt ten jest w ocenie Waszyngtonu regulowany zasadami i normami międzynarodowego prawa humanitarnego. Takie rozumienie konfliktu zbrojnego, jeśli odnieść się bezpośrednio do regulacji prawnomiędzynarodowych obowiązujących w tym zakresie oraz do dotychczasowej praktyki państw, jest kontrowersyjne i wywołuje szereg wątpliwości. Przede wszystkim trudno pogodzić z zasadami MPH założenie, że omawiany konflikt rozpoczęły zamachy terrorystyczne, które miały stanowić akt wojny. Co prawda termin „akt wojny” stracił wiele ze swojego pierwotnego znaczenia, tradycyjnie bowiem wiązał się on z oficjalnym wypowiedzeniem wojny przez jedną lub obie strony konfliktu i nie obejmował różnych form zorganizowanej przemocy militarnej, co jest charakterystyczne dla współczesnych konfliktów zbrojnych. Nadal jednak jednostki jako

⁵⁷ Tamże, s. 133, 142. Por. A. S. Deeks, dz. cyt.; *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 15, pkt 44; C. E. S. Coracini, *Targeted Killing of Suspected Terrorists during Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?*; [www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/o6\)_Targeted_killing_of_suspected_terrorists_Coracini.pdf](http://www.defensesociale.org/xvcongreso/pdf/cfp/o6)_Targeted_killing_of_suspected_terrorists_Coracini.pdf), s. 11–12 (dostęp: 12.04.2012).

⁵⁸ J. Brennan, dz. cyt.

takie albo grupy terrorystyczne nie mogą rozpocząć wojny, chyba że są kombatantami w rozumieniu MPH i reprezentują państwo. Stanowisko to potwierdza wspólny dla czterech konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 1949 r.⁵⁹ art. 2, zgodnie z którym umowy te stosuje się w przypadku wojny lub jakiegokolwiek innego konfliktu zbrojnego mającego miejsce między państwami-stronami wymienionych konwencji genewskich.

Wspomniany art. 2 odnosi się do międzynarodowych konfliktów zbrojnych, a z jego treści wyraźnie wynika, że zdolność do wywołania konfliktu zbrojnego posiada jedynie państwo; ewentualnie mogą to być ruchy narodowowyzwoleńcze, które realizują w ten sposób przyrodzone narodom prawo do samostanowienia⁶⁰. Inne podmioty prawa międzynarodowego, a tym bardziej podmioty niepaństwowe, takiej zdolności nie mają. Al-Kaida z pewnością nie jest ruchem narodowowyzwoleńczym; nie wykazano też, że zamachy z 11 września były inspirowane przez jakieś państwo (terroryści nie działali ani w imieniu, ani na rzecz państwa trzeciego). W obecnym stanie prawnym nie można zatem uznać, że w dniu ataku na World Trade Center i Pentagon doszło do wybuchu międzynarodowego konfliktu zbrojnego pomiędzy Stanami Zjednoczonymi a Al-Kaidą⁶¹.

W ocenie M. Balcerzaka wydarzeń z 11 września 2001 r. nie można też zaklasyfikować jako początku niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego, mimo że definicja tego konfliktu nie jest zupełnie precyzyjna. Konfliktem niemiędzynarodowym – w świetle art. 1 ust. 2 II Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich (PD II)⁶² – nie będą „odosobnione i sporadyczne przypadki przemocy”, za jakie uznać można zamachy terrorystyczne. Nawet jeśli przyjąć, że ataki z 11 września

⁵⁹ Konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny z 1949 r.: I Konwencja genewska w sprawie rannych i chorych w armiach czynnych (KG I); II Konwencja genewska w sprawie rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (KG II); III Konwencja genewska w sprawie traktowania jeńców wojennych (KG III); IV Konwencja genewska w sprawie ochrony osób cywilnych podczas wojny (KG IV) – Dz.U. z 1956 r. Nr 38 poz. 171.

⁶⁰ Zob. art. 1 ust. 4 I Protokołu dodatkowego z 1977 r. do konwencji genewskich z 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175, zał.).

⁶¹ M. Balcerzak, dz. cyt., s. 146. Por. J. J. Paust, *War and Enemy Status After 9/11: Attacks on the Laws of War*, „Yale Journal of International Law” 2003, vol. 28, s. 326.

⁶² II Protokół dodatkowy z 1977 r. do konwencji genewskich z 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175, zał.).

stanowiły „falę kontynuowanych działań terrorystycznych i nie miały charakteru odosobnionego, to na przeszkodzie dla uznania tych ataków za początek niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego stoi brak wystarczającej wyrazistości strukturalnej organizacji terrorystycznych oraz »zdolności« do przestrzegania zasad międzynarodowego prawa humanitarnego”⁶³. Trudno bowiem uznać za zorganizowaną amorficzną strukturę Al-Kaidę, stanowiącą luźno powiązane ze sobą komórki rozsiane po całym świecie, które nie posiadają wyraźnie określonych kompetencji i które z pewnością nie „pozostają pod odpowiedzialnym dowództwem”. Wreszcie art. 1 ust. 1 II Protokołu dodatkowego odnosi się do konfliktów, które toczą się na terytorium państwa-strony, co oznacza, że zasady i normy dotyczące konfliktów niemiędzynarodowych stosuje się w sytuacji konfliktu wewnętrznego na obszarze danego kraju, nie zaś do konfliktu między państwem a ugrupowaniem terrorystycznym działającym poza jego terytorium⁶⁴.

Amerykańska administracja doskonale zdawała sobie sprawę z trudności, jakie na gruncie prawnym rodzi przyjęta przez nią koncepcja konfliktu zbrojnego z Al-Kaidą, dlatego doradcy prawni różnorodnych instytucji rządowych próbowali na wszelkie sposoby wykazać jej legalność i zasadność. Charakterystyczne dla tych prób jest stanowisko przedstawione przez H. H. Koha, który przyznał, że „pierwotnie prawa wojny stworzono po to, by regulować tradycyjne konflikty zbrojne między państwami, nie zaś konflikty prowadzone przeciwko rozproszonemu, trudnemu do zidentyfikowania wrogowi, jakim są terroryści”⁶⁵. Dlatego – zdaniem Koha – interpretacja tego, co jest „konieczne i właściwe” w świetle AUMF, wymaga pewnego „przekładu” bądź też analogizowania zasad wynikających z praw i zwyczajów wojennych regulujących tradycyjne konflikty międzynarodowe⁶⁶. Podobnie przedstawiciele amerykańskiej doktryny prawa międzynarodowego, będący zwolennikami koncepcji wojny z terroryzmem w takim rozumieniu, w jakim przedstawił ją Biały Dom, starali się znaleźć dla niej uzasadnienie i „dopasować” ją do obowiązujących ram prawnych. Przykładowo D. Jinks uważa, że ataki z 11 września przypominają akty wojny z uwagi na ich wyjątkową bezwzględność i poważny charakter, fakt

⁶³ M. Balcerzak, dz. cyt., s. 147–148.

⁶⁴ Zob. D. Kretzmer, dz. cyt., s. 189.

⁶⁵ H. H. Koh, dz. cyt.

⁶⁶ Tamże.

kierowania nimi z zagranicy przez zorganizowanego wroga oraz skierowanie ich przeciw całemu Stanom Zjednoczonym⁶⁷. Z kolei według G. Sulmasy'ego konflikt zbrojny z Al-Kaidą to „konflikt hybrydowy”, posiadający „cechy konfliktu międzynarodowego, niemiedzynarodowego i niepokojów wewnętrznych, w którym uczestniczą jednocześnie zawodowi żołnierze, siły porządkowe i kategorie niepodlegające żadnej klasycznej kategorii”⁶⁸. Dlatego konflikt taki wymaga przyjęcia nowych lub zmiany obowiązujących regulacji prawnych.

Zupełnie zaś nowatorskie podejście prezentuje K. Anderson, według którego użycie siły wobec terrorystów w konsekwencji zamachów z 11 września to „rozrosła” forma samoobrony – a w jej przypadku (gdy państwo się na nią powoła) nie trzeba już stosować żadnych innych zasad i norm prawnych, w tym międzynarodowego prawa humanitarnego, by na przykład przeprowadzić selektywną eliminację. W świetle tego poglądu, jeśli użycie siły w samoobronie jest legalne i uzasadnione, jest to wystarczająca podstawa do prowadzenia działań militarnych i nie jest już konieczne odwoływanie się do zasad i norm prawa humanitarnego i praw człowieka⁶⁹. Koncepcja ta rodzić jednak może niebezpieczne konsekwencje w postaci traktowania prawa do wojny (*ius ad bellum*) i prawa w wojnie (*ius in bello*) jako jednego reżimu prawnego, a wówczas fakt prowadzenia słusznej bądź sprawiedliwej walki w ramach realizacji przyrodzonego prawa do samoobrony (państwo-ofiara napaści zbrojnej ma prawo użyć siły przeciw agresorowi) może skłaniać do bagatelizowania lub wręcz nieprzestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego. Tymczasem kwestia, czy użycie siły jest zgodne z prawem (zagadnienie *ius ad bellum*), pojawia się zazwyczaj na samym początku konfliktu zbrojnego, podczas gdy prawo

⁶⁷ Zob. D. Jinks, *September 11 and the Laws of War*, „Yale Journal of International Law” 2003, vol. 28, s. 1–2.

⁶⁸ Cyt. za: J. Menkes, M. Menkes, *Międzynarodowe prawo humanitarne wobec nowych wyzwań*, [w:] J. Nowakowska-Małusecka [red.], *Międzynarodowe prawo humanitarne. Antecedencje i wyzwania współczesności*, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz–Katowice 2010, s. 93. Zob. też: G. S. Corn, „*Snipers in the Minaret – What is the Rule?*” *The Law of War and the Protection of Cultural Property: A Complex Equation*, „The Army Lawyer” 2005, vol. 28, s. 31.

⁶⁹ Zob. K. Anderson, *Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law*, „A Working Paper of the Series on Counterterrorism and American Statutory Law”, May 11, 2009; www.brookings.edu/papers/2009/0511_counterterrorism_anderson.aspx (dostęp: 04.09.2012).

regulujące prowadzenie tego konfliktu (zagadnienie *ius in bello*) stosuje się przez cały czas jego trwania⁷⁰.

Powyższa koncepcja zdaje się być wariantem teorii „wojny sprawiedliwej”, w świetle której zaistniała „sprawiedliwa przyczyna” po stronie państwa (*iusta causa*) pod postacią samoobrony niejako wyklucza potrzebę przestrzegania prawa konfliktów zbrojnych wobec nieprzyjaciela. Terrorysty uosabiają „niesprawiedliwą przyczynę”, dlatego nie zasługują na nadanie im praw przysługujących kombatanom w świetle prawa humanitarnego. „Niesprawiedliwa przyczyna” jest tu zatem zasadniczym czynnikiem, który zezwala na niestosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego wobec terrorystów i osób podejrzanych o działalność terrorystyczną. Idąc dalej tym tokiem rozumowania: skoro ugrupowania terrorystyczne ignorują zasady i normy MPH, atakując ludność cywilną i dobra o charakterze cywilnym, „niesprawiedliwość” i niemoralność ich sprawy ogranicza ich prawo do ochrony w świetle MPH, stąd owa „niesprawiedliwość” terrorystów odzwajemniata jest przez państwa „niesprawiedliwą” odpowiedzią⁷¹.

Przedstawiona argumentacja pozwalałaby państwom na uzasadnianie swoich działań zbrojnych „sprawiedliwą przyczyną” i w konsekwencji na rezygnację ze stosowania MPH w obliczu „niesprawiedliwej przyczyny” terrorystów. W takim przypadku dochodzi jednak do zatarcia granicy między *ius ad bellum* i *ius in bello*, co może z kolei prowadzić do odmowy stosowania *ius in bello* w odniesieniu do osoby, która jest podejrzewana o planowanie zamachu terrorystycznego – taka osoba traciłaby więc prawo do korzystania z ochrony przysługującej jej na podstawie MPH i międzynarodowego prawa praw człowieka z uwagi na sam zamiar popełnienia wspomnianego zamachu. Należy jednak podkreślić, iż taka argumentacja, zakładająca epistemologiczne założenie, że *ius in bello* staje się podporządkowane *ius ad bellum*, stoi w wyraźnej sprzeczności z przyjętymi i obowiązującymi zasadami prawa międzynarodowego⁷².

Zaprezentowana przez K. Andersona koncepcja nie bierze ponadto pod uwagę dwóch poziomów odpowiedzialności w sytuacji, gdy przeprowadzenie selektywnej eliminacji z powołaniem się na prawo

⁷⁰ Zob. Ch. Greenwood, *The Relationship Between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, „Review of International Studies” 1983, vol. 9, s. 222–223.

⁷¹ M. S. Wong, dz. cyt. s. 134.

⁷² Tamże.

do samoobrony okazuje się bezprawne. Po pierwsze, naruszenie ograniczeń nałożonych na prawo do samoobrony rodzi odpowiedzialność państwa i jednostek za akt agresji. Po drugie, bezprawne pozbawienie życia w przypadku konfliktu zbrojnego, naruszające MPH, stanowi zbrodnię wojenną⁷³. Warto również dodać, że w komentarzu do projektu artykułów Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw z 2001 r. wyraźnie zaznaczono, że państwa nie mogą powoływać się na prawo do samoobrony w celu usprawiedliwiania dokonanych naruszeń MPH⁷⁴.

Jeśli natomiast potraktować *ius ad bellum* i *ius in bello* jako odrębne dziedziny prawa międzynarodowego, powstaje kolejne pytanie: na czym polegają relacje między wojną z terroryzmem a *ius in bello*? Odpowiedź wydaje się prosta: w międzynarodowym prawie humanitarnym, stosowanym w przypadku konfliktów zbrojnych, prawdopodobnie znaleźć można o wiele więcej norm zezwalających na użycie siły śmiertelnej niż w międzynarodowym prawie praw człowieka czy prawie krajowym. Poza tym MPH daje państwowym siłom zbrojnym swoisty monopol na używanie przemocy i w pewnych sytuacjach zapewnia im immunitet. Prawo humanitarne zawiera też mniej gwarancji w zakresie rzetelnego procesu, dlatego państwa mogą w tym dostrzegać dla siebie korzyść polegającą na nieprzestrzeganiu bardziej uciążliwych wymagań dotyczących zatrzymywania, aresztowania, więzienia bądź ekstradycji osób podejrzewanych o działalność terrorystyczną w innym państwie. W rzeczywistości w zakresie używania siły śmiertelnej MPH nie jest mniej restrykcyjne niż międzynarodowe prawo praw człowieka, ponieważ i w prawie humanitarnym wymaga się zachowania zasad konieczności i proporcjonalności; nazywając jednak daną sytuację konfliktem zbrojnym, państwa mogą próbować poszerzyć swoją władzę i kompetencje, i to zarówno w ramach prawa wewnętrznego, jak i w odniesieniu do działań na arenie międzynarodowej⁷⁵.

Budzącym kontrowersje aspektem konfliktu zbrojnego z Al-Kaidą jest także jego brak ograniczeń geograficznych i czasowych – konflikt

⁷³ *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 14, pkt 43.

⁷⁴ *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, www.untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, s. 74 (dostęp: 15.04.2012).

⁷⁵ *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 16, pkt 47.

ten wykracza poza granice teatru działań wojennych i jest prowadzony wszędzie tam, gdzie znajdują się członkowie Al-Kaidy, trwa zaś tak długo, jak długo angażują się oni w działania zbrojne przeciw Stanom Zjednoczonym (i to zarówno w teatrze działań wojennych, jak i poza nim)⁷⁶. Taki wykraczający poza przyjęte, różnorodne ograniczenia prawne konflikt zbrojny mógłby prowadzić do wniosku, że w jego ramach istnieje „amorficzne pole bitwy”, nieuwzględniające ani statusu stron walczących, ani skali intensywności działań zbrojnych, co groziłoby przyjęciu założenia, że MPH znajduje automatyczne zastosowanie w każdym przypadku selektywnej eliminacji, ponieważ każdy przywódca Al-Kaidy lub terrorysta jest przeciwnikiem we wspomnianym konflikcie⁷⁷. Poza tym tak zdefiniowany konflikt zbrojny z Al-Kaidą nie mógłby zakończyć się oświadczeniem o ostatecznym zwycięstwie, podobnie jak w przypadku wojny z przestępczością czy wojny z narkotykami. Prawo międzynarodowe nadal jednak stoi na stanowisku, że konflikty zbrojne mają ograniczenia geograficzne i czasowe, a istnienie konfliktu jest determinowane rzeczywistą sytuacją występującą na terytorium zaangażowanych w działania zbrojne państw⁷⁸.

Czy istnieje jednak możliwość uznania, że dane państwo prowadzi konflikt zbrojny z podmiotem niepaństwowym i konflikt ten jest regulowany zasadami i normami MPH? Przede wszystkim istnienie konfliktu zbrojnego jest zależne od kryteriów obiektywnych, które odnoszą się do faktów, nie stanowią więc o nim deklaracje państw bądź podmiotów niepaństwowych (na przykład ugrupowań terrorystycznych), wygłaszane najczęściej z powodów politycznych i bagatelizujące prawną analizę zaistniałej sytuacji. Zgodnie z często powoływanym w literaturze przedmiotu orzeczeniem Międzynarodowego Trybunału

⁷⁶ Zob. A. Thorp, dz. cyt., s. 4–5.

⁷⁷ M. S. Wong, dz. cyt., s. 143.

⁷⁸ Szerzej na ten temat zob. S. Vité, *Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law: Legal Concepts and Actual Situations*, „IRoRC” 2009, vol. 91, no. 873, s. 92–93; L. R. Blank, *Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counterterrorism: Understanding the Parameters of the Zone of Combat*, „Georgia Journal of International and Comparative Law” 2010, vol. 39, no. 1, s. 8–14. Zob. też: M.-M. Ould Mohamedou, *Al-Qaida: une guerre non linéaire*, „A contrario. Revue interdisciplinaire de sciences sociales” 2004, vol. 3, no. 2, s. 130 i n.; J. N. Maogoto, G. MacCarrick, *Typology of Conflict: Terrorism and the Ambiguation of the Laws of War*, www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1559880 (dostęp: 04.09.2012).

Karnego do spraw zbrodni popełnionych w byłej Jugosławii w sprawie Tadicia, konflikt zbrojny występuje wtedy, gdy „między państwami dochodzi do użycia sił zbrojnych lub mają miejsce przedłużające się działania wrogie między władzami rządowymi a zorganizowanymi grupami zbrojnymi lub między takimi grupami na terytorium jednego państwa”⁷⁹. Dlatego w ocenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (MKCK) nie można odnosić wszystkich aspektów międzynarodowego prawa humanitarnego do wojny z terroryzmem, należy zaś w każdym przypadku, gdy państwa używają siły, powołując się na prowadzenie wojny z terroryzmem, dokonać prawnej kwalifikacji zaistniałej sytuacji, by stwierdzić, czy stanowi ona konflikt zbrojny w rozumieniu MPH⁸⁰. Walka z terrorystycznymi podmiotami niepaństwowymi „wpisuje się zatem albo w konflikt zbrojny i jest regulowana przez istniejące normy, albo w sytuacji, gdy działania terrorystów nie osiągną pułapu konfliktu międzynarodowego czy wewnętrznego i prowadzą się do wewnętrznych zamieszek czy sporadycznych aktów terrorystycznych, stosują się do niej inne normy prawa międzynarodowego i prawa krajowego”⁸¹.

W świetle konwencji genewskich z 1949 r. międzynarodowe konflikty zbrojne toczą się między państwami, zatem konflikt prowadzony w 2001 r. przez koalicję państw pod przewodnictwem Stanów Zjednoczonych przeciwko rządzącym w Afganistanie talibom (wpisujący się w wojnę z terroryzmem) jest przykładem konfliktu międzynarodowego. Jednak w przypadku działań zbrojnych wymierzonych w członków

⁷⁹ Zob. *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeals on Jurisdiction, 2 October 1995, p. 70.

⁸⁰ *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflict*, Document prepared by the International Committee of the Red Cross, Geneva, October 2007, s. 7; www.icrc.org/eng/assets/files/other/ihl-challenges-30th-international-conference-eng.pdf (dostęp: 12.04.2012).

⁸¹ J. Symonides, dz. cyt., s. 179. Por. A. Bodnar, I. Pachon, „Wojna z terroryzmem” a naruszenia praw człowieka w kontekście działań CIA, [w:] B. Janusz-Pawletta [red.], *Walczyć po ludzku, czyli ochrona praw człowieka w działaniach zbrojnych. Wybrane zagadnienia*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2011, s. 97 („Przyjmuje się jednak, że jeżeli działania wpisujące się w wojnę z terroryzmem przybierają jedną z form konfliktu zbrojnego, wówczas zastosowanie ma międzynarodowe prawo humanitarne. Co do działań podejmowanych w celu zapobiegania lub zwalczania aktów terroru w oderwaniu od trwającego konfliktu, bądź w przypadku zatrzymania osób podejrzewanych o działalność terrorystyczną bez związku z konfliktem, prawo humanitarne przestaje być relevantnym porządkiem prawnym”).

Al-Kaidy trudno byłoby koalicjantom zaakceptować, że przeciwko tej organizacji toczą oni konflikt międzynarodowy. W takiej sytuacji należałoby bowiem nadać nieprzyjacielowi status strony walczącej w konflikcie, co w świetle MPH wiąże się między innymi z przyznaniem szeregu uprawnień, wśród których można wymienić dopuszczalność prowadzenia działań zbrojnych nienaruszających prawa humanitarne-go czy prawo do statusu jeńca wojennego i brak ponoszenia odpowiedzialności za sam udział w konflikcie.

Wojna z terroryzmem może jednak przyjąć również formę niemiedzynarodowego konfliktu zbrojnego i taki właśnie charakter ma prowadzony obecnie w Afganistanie konflikt, którego stronami są rząd afgański wspierany przez siły koalicyjne oraz różnorodne ugrupowania zbrojne, będące pozostałościami po oddziałach talibów i Al-Kaidy. Konflikt ten jest niemiedzynarodowy, choć w jego prowadzenie po jednej ze stron zaangażowane są obce siły zbrojne, działające za zgodą władz krajowych i wspierające te władze; poza tym w walkę tą nie są uwikłane dwa nieprzyjacielskie wobec siebie państwa. Prowadzone w Afganistanie działania zbrojne regulowane są zatem zasadami i normami traktatowymi i zwyczajowymi odnoszącymi się do niemiedzynarodowych konfliktów zbrojnych. Zasady te i normy stosowano by również wówczas, gdyby w podobnych okolicznościach w innym kraju poziom przemocy osiągnął pułap konfliktu zbrojnego, a jedną ze stron konfliktu byłby podmiot niepaństwowy⁸². Innymi słowy, każdą sytuację, w której dochodzi do zorganizowanych aktów przemocy, należy oceniać z uwzględnieniem szczególnego kontekstu, w świetle którego mają one miejsce, a podstawą kwalifikacji prawnej tej sytuacji jako konfliktu zbrojnego powinny być okoliczności faktyczne⁸³.

Obecnie nie budzi wątpliwości fakt, że toczący się w Afganistanie konflikt zbrojny z Al-Kaidą ma charakter niemiedzynarodowy. Potwierdził to między innymi Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld*, odpowiadając na pozew amerykańskiego rządu utrzymującego, że konflikt z Al-Kaidą nie jest konfliktem, w którym zatrzymanym i uwięzionym członkom tej organizacji przysługuje pełna ochrona wynikająca z konwencji genewskich. Zdaniem Sądu Najwyższego „istnieje co najmniej jeden przepis konwencji

⁸² *International Humanitarian Law...*, dz. cyt., s. 7.

⁸³ Tamże, s. 8.

genewskich, który znajduje tu zastosowanie, nawet jeśli rzeczony konflikt nie toczy się między państwami-stronami”⁸⁴. Sąd Najwyższy miał tu na myśli art. 3 wspólny dla konwencji genewskich, odnoszący się do konfliktów międzynarodowych⁸⁵, choć nie jest właściwie jasne, dlaczego sędziowie wskazali art. 3, nie przeprowadzili bowiem (jak miało to miejsce w sprawie Tadicia) analizy stopnia użycia przemocy oraz intensywności prowadzonych działań zbrojnych. Administracja amerykańska przyjęła jednak ów punkt widzenia i traktuje konflikt zbrojny z Al-Kaidą jako międzynarodowy. Należy jednak podkreślić, że nie można tego konfliktu przedstawiać jako amorficznego konfliktu międzynarodowego, który toczy się na całym świecie, ponieważ daje to Stanom Zjednoczonym wolną rękę w zakresie selektywnej eliminacji osób uznanych przez Białą Dom za terrorystów, i to bez względu na miejsce, w którym akurat przebywają⁸⁶. Dlatego każdy przypadek selektywnej eliminacji wymaga odrębnej analizy, dzięki czemu będzie wiadomo, czy należy stosować MPH, czy też nie; nie powinno się natomiast czynić odgórnego, aksjomatycznego założenia, że zasady i normy MPH znajdują zastosowanie z uwagi na toczący się globalny, międzynarodowy konflikt zbrojny⁸⁷.

W odniesieniu do działań zbrojnych prowadzonych przez Amerykanów na pograniczu afgańsko-pakistańskim można przyjąć, że konflikt zbrojny toczący się w Afganistanie między Stanami Zjednoczonymi a Al-Kaidą mógł rozszerzyć się na terytorium Pakistanu, choć w takim przypadku objęłaby raczej tylko obszary przygraniczne⁸⁸. Trudno

⁸⁴ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (US Supreme Court, Decision on June 29, 2006); www.hamdanvrumfeld.com/05-184.pdf, s. 65 (dostęp: 04.09.2012).

⁸⁵ Art. 3, wspólny dla konwencji genewskich z 1949 r., nazywany „konwencją w miniaturze”, wprowadza minimalny standard, poniżej którego strony wojujące nigdy nie powinny schodzić, bez względu na to, czy chodzi o konflikt wewnętrzny, czy międzynarodowy. Zgodnie z brzmieniem art. 3 osoby niebiorące bezpośrednio udziału w działaniach zbrojnych powinny być we wszystkich okolicznościach traktowane w sposób humanitarny (przy pełnym przestrzeganiu zasady niedyskryminacji). Tym samym zakazane są wszelkie zamachy na życie i nieetykalność cielesną, z torturami włącznie; zabronione jest też branie zakładników oraz arbitralne egzekucje. Strony wojujące powinny również zapewnić chorym i rannym należyłą opiekę.

⁸⁶ Zob. M. S. Wong, dz. cyt., s. 145.

⁸⁷ Tamże.

⁸⁸ Tamże, s. 143. Szerzej zob. S. D. Murphy, *The International Legality of U.S. Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan*, „International Law Studies Series” 2009, vol. 85, s. 109.

jednak uznać za konflikt zbrojny operacje wymierzone przeciwko Al-Kaidzie, talibom i siłom z nimi sprzymierzonym w innych rejonach świata, gdzie wspomniane podmioty nie stanowią strony w konflikcie w rozumieniu prawa humanitarnego, a dokonywane przez nie akty przemocy nie osiągają pułapu koniecznego do zaistnienia konfliktu zbrojnego⁸⁹.

3. Status Osamy bin Ladena w świetle wojny z terroryzmem

W przypadku selektywnej eliminacji stanowiącej element działań militarnych prowadzonych w trakcie konfliktu zbrojnego zasadniczym źródłem wątpliwości i niejasności jest określenie, kto może stać się legalnym celem ataku oraz gdzie i kiedy osoba ta może zostać zaatakowana⁹⁰. W kontekście selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena Stanom Zjednoczonym nie sprawiło jednak zbyt dużych trudności uzasadnienie, dlaczego stał się on celem ataku i czy spełnił kryteria, w świetle których dopuszczalne było przeprowadzenie tego ataku – był przecież wpływowym przywódcą Al-Kaidy, odgrywającym istotną rolę w strukturach tej organizacji i ponoszącym współodpowiedzialność za zamachy z 11 września 2001 r. (oraz za akty terroryzmu popełnione przed tymi zamachami)⁹¹.

Argumentacja Waszyngtonu na tym się jednak nie kończy. Według raportu *Congressional Research Service* Osama bin Laden opracował strategię rozwoju organizacji Al-Kaida w ruch ideologiczny, co zdecydowanie utrudniło jej zwalczanie. Nawet jeśli bin Laden przed swoją śmiercią nie był już zaangażowany w podejmowanie decyzji o przyszłych losach Al-Kaidy, jego rola inspirującego i charyzmatycznego przywódcy organizacji była dużo bardziej znacząca niż jakakolwiek jego rada dotycząca działań operacyjnych, której mógłby udzielić. Przypuszczano jednak, że ten terrorysta nadal pozostawał aktywnym członkiem Al-Kaidy, określającym kierunki i strategię przyszłych operacji organizacji i powiązanych z nią podmiotów⁹². Podobnie uważa

⁸⁹ *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 18, pkt 53.

⁹⁰ Tamże, s. 19, pkt 57.

⁹¹ Zob. M. S. Wong, dz. cyt., s. 143. Por. A. S. Deeks, dz. cyt.

⁹² *Osama bin Laden's Death...*, dz. cyt., summary.

H. H. Koh, który prezentując prawne uzasadnienie selektywnej eliminacji bin Ladena, wyraźnie zaznaczył, że w świetle MPH był on legalnym celem ataku oraz stanowił bezpośrednie zagrożenie dla Stanów Zjednoczonych – dlatego nie ma wątpliwości, że można było wobec niego zastosować siłę śmiertelności i nie należy tego traktować w kategoriach działania bezprawnego⁹³.

Decydując się na użycie siły śmiertelności wobec jednostki w sytuacji konfliktu zbrojnego, należy jednak przede wszystkim wziąć pod uwagę jedną z fundamentalnych zasad MPH, jaką jest zasada rozróżniania. Według tej zasady strony wojujące muszą wprowadzić wyraźne rozróżnienie między członkami sił zbrojnych a osobami cywilnymi (między kombatanami a niekombatanami)⁹⁴ oraz między obiektami, które mogą stać się legalnym celem ataków, a obiektami podlegającymi ochronie przed atakami⁹⁵. Zasada ta znalazła się w I Protokole dodatkowym z 1977 r. – w świetle art. 48 „strony konfliktu powinny zawsze dokonywać rozróżnienia między ludnością cywilną a kombatanami oraz między dobrami o charakterze cywilnym a celami wojskowymi i w związku z tym kierować swoje operacje jedynie przeciwko celom wojskowym”⁹⁶. Ogólnie mówiąc: kombatanami są wszyscy członkowie sił zbrojnych strony konfliktu, z wyjątkiem personelu medycznego i duchownego⁹⁷. Za kombatanów uważa się również członków oddziałów nieregularnych, jeśli: 1) mają one na czele osobę odpowiedzialną

⁹³ H. H. Koh, *The Lawfulness of the U.S. Operation against Osama bin Laden*; www.opiniojuris.org/2011/05/19/the-lawfulness-of-the-us-operation-against-osama-bin-laden (dostęp: 12.04.2012). Por. J. Brennan, dz. cyt. Zob. też: J. Toobin, *Killing Osama: Was It Legal?*, „New Yorker”, 2 May 2011, www.newyorker.com/online/blogs/newsdesk/2011/05/killing-osama-was-it-legal.html (dostęp: 12.04.2012).

⁹⁴ Według Y. Dinstaina przyjmowana przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża dychotomia w postaci podziału na osoby cywilne i członków sił zbrojnych nie jest właściwa. Po pierwsze, nie wszyscy członkowie sił zbrojnych są kombatanami (nie są nimi członkowie personelu medycznego i duchownego), a po drugie, osoby cywilne bezpośrednio uczestniczące w działaniach zbrojnych tracą swój status osoby cywilnej na czas owego bezpośredniego uczestnictwa, chociaż nie są i nie stają się wówczas członkami sił zbrojnych. Zob. Y. Dinstein, *Distinction and Loss of Civilian Protection in International Armed Conflicts*, [w:] M. D. Carsten [red.], *International Law and Military Operations*, „International Law Studies” (U.S. Naval War College) 2008, vol. 84, s. 183.

⁹⁵ Zob. A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield*, 2nd ed., Juris Publishing, Manchester 2004, s. 8 i n.

⁹⁶ Art. 48 PD I.

⁹⁷ Zob. art. 43 ust. 2 PD I.

za swych podwładnych; 2) noszą stały i dający się z daleka rozpoznać znak rozpoznawczy; 3) jawnie noszą broń oraz 4) przestrzegają w swych działaniach praw i zwyczajów wojny⁹⁸. Osobami cywilnymi są zaś wszystkie osoby niebędące członkami regularnych sił zbrojnych bądź wspomnianych oddziałów nieregularnych, a pojęcie ludności cywilnej obejmuje wszystkie osoby cywilne.

W świetle norm prawa humanitarnego dotyczących międzynarodowych konfliktów zbrojnych kombatant ma prawo używać broni i prowadzić działania zbrojne, za co nie grozi mu odpowiedzialność karna (chyba że dopuści się zbrodni wojennych). Może być też legalnym celem ataków ze strony nieprzyjaciela (o ile nie jest osobą wyłączoną z walki, na przykład wskutek odniesionych ran, i nie podejmuje wrogich działań lub prób ucieczki). Jeśli zaś zostanie przez wroga schwytany, przysługuje mu status jeńca wojennego. Z kolei osoba cywilna korzysta z ochrony przed niebezpieczeństwami wynikającymi z operacji wojskowych, ale może tę ochronę utracić, jeżeli bezpośrednio uczestniczy w działaniach zbrojnych, na czas trwania takiego uczestnictwa⁹⁹. Zasada rozróżniania wprowadza podział dychotomiczny, jeśli więc dana osoba nie jest kombatantem, jest osobą cywilną. W przypadku terrorystów nie można uznać ich za członków sił zbrojnych strony wojującej, a gdyby nawet byli zorganizowani na wzór wojskowy i spełnili pierwsze trzy kryteria wymienione w art. 4 lit. A pkt 2, charakter ich działalności, czyli celowe atakowanie osób cywilnych i ludności cywilnej oraz dóbr o charakterze cywilnym, z pewnością nie jest przestrzeganiem praw i zwyczajów wojennych. Terrorysty nie spełniają zatem kryteriów pozwalających uznać ich za kombatantów, dlatego powinni być traktowani jako osoby cywilne, z uwagi zaś na ich zaangażowanie w działania zbrojne mogą stać się przedmiotem ataków, jeżeli bezpośrednio uczestniczą w tych działaniach, przez czas trwania takiego uczestnictwa¹⁰⁰.

Problem stanowi jednak interpretacja bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, we współczesnych konfliktach nie jest

⁹⁸ Zob. art. 4 lit. A pkt 2 KG III.

⁹⁹ Zob. art. 51 ust. 3 PD I.

¹⁰⁰ D. Kretzmer, dz. cyt., s. 191–192. Por. V. Sunkavalli, dz. cyt., s. 150; C. E. S. Coracini, dz. cyt., s. 6; V.-J. Proulx, *If the Hat Fits, Wear it, If the Turban Fits, Run for your Life: Reflections on the Indefinite Detention and Targeted Killing of Suspected Terrorists*, „Hastings Law Journal” 2005, vol. 56, s. 881–882.

bowiem łatwo odróżnić członków oddziałów nieregularnych od osób cywilnych, abstrahując od ich funkcji bojowych – które również nie poddają się łatwemu i natychmiastowemu rozpoznaniu¹⁰¹. W ocenie takich sytuacji pomocne okazać się mogą *Wytyczne dotyczące interpretacji pojęcia bezpośredni udział w działaniach zbrojnych*, przyjęte w lutym 2009 r. przez Zgromadzenie Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża¹⁰². Według *Wytycznych*, aby zakwalifikować dane działanie jako bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, muszą być spełnione łącznie trzy warunki:

- „1. dany czyn powinien móc w sposób szkodliwy wpłynąć na operację wojskową czy zdolności wojskowe strony konfliktu zbrojnego lub (alternatywnie) spowodować śmierć, zranienie lub zniszczenie osób lub obiektów chronionych przed bezpośrednim atakiem (próg szkody);
2. powinien istnieć bezpośredni związek przyczynowy między czynem a szkodą, która byłaby rezultatem albo tego czynu, albo skoordynowanej operacji wojskowej, której integralną częścią miał być dany czyn (związek kauzalny);
3. czyn powinien być zaplanowany w ten sposób, aby bezpośrednio osiągnąć wymagany próg szkody dla wsparcia jednej strony konfliktu i dla szkody drugiej strony (związek bojowy)”¹⁰³.

W kwestii oceny legalności selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena należałoby zatem ustalić, w jaki sposób angażował się on w działania zbrojne Al-Kaidy. Jako osoba określająca kierunki i strategie przyszłych operacji organizacji z pewnością nie brał on bezpośredniego udziału w zamachach czy akcjach sabotażowych, mógł mieć jednak wpływ na planowanie i przygotowanie takich działań. Dlatego w tym przypadku istotne jest określenie bezpośredniego związku przyczynowego między

¹⁰¹ M. S. Wong, dz. cyt., s. 148.

¹⁰² International Committee of the Red Cross, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, [dalej: *Wytyczne*], www.icrc.org/eng/resources/documents/publication/p0990.htm (dostęp: 02.04.2012). Nie jest to dokument wiążący dla państw, jednak jako oficjalne rekomendacje MKCK może stanowić pomoc przy interpretacji niektórych terminów MPH we współczesnych konfliktach zbrojnych.

¹⁰³ *Interpretive Guidance...*, dz. cyt., s. 16–17, 46; cyt. za: P. Grzebyk, *Pojęcia „osoba cywilna” oraz „bezpśredni udział w działaniach zbrojnych” (wytyczne Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża)*, „PiP” 2012, nr 2, s. 67.

czynem a szkodą, by odróżnić bezpośredni udział w działaniach zbrojnych od udziału pośredniego. W opinii MKCK między danym czynem a szkodą musi istnieć wystarczająco bliski związek kauzalny; konieczne jest też stwierdzenie, że dany czyn może wyrządzić szkodę „za jednym kauzalnym krokiem”, a rozróżnienie na bezpośredni i pośredni udział w działaniach zbrojnych należy interpretować jako odpowiadający rozróżnieniu na bezpośrednie i pośrednie wyrządzenie szkody¹⁰⁴. Tym samym postępowanie konkretnej osoby polegające wyłącznie na rozwijaniu bądź utrzymywaniu zdolności strony konfliktu do szkodenia przeciwnikowi (na przykład poprzez rekrutowanie i szkolenie bojowników, udzielanie wsparcia ideologicznego lub finansowego) albo jedynie w pośredni sposób prowadzące do wyrządzenia szkody (na przykład nabywanie lub przemykanie broni wykorzystanej w ataku) nie powinno być uważane za bezpośredni udział w działaniach zbrojnych¹⁰⁵. Takie ujęcie omawianego problemu prowadzi do stosunkowo wąskiego rozumienia bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, przede wszystkim zaś do wniosku, że ów bezpośredni udział odnosi się tylko do przeprowadzania operacji militarnych, a osoba bezpośrednio uczestnicząca w działaniach zbrojnych może być przedmiotem ataku jedynie przez czas jej rzeczywistego w nich uczestnictwa¹⁰⁶. Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzimy, Osama bin Laden nie brał bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, a skoro nie był kombatanem w świetle MPH, pozostawał osobą cywilną, zatem przysługiwała mu ochrona przed atakiem.

W stosunku do członków Al-Kaidy administracja amerykańska przyjęła jednak, że są oni tak zwanymi nielegalnymi kombatantami – pojęcie to obejmuje wszystkie osoby, które biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, nie będąc do tego uprawnionymi, stąd też nie można im nadać statusu jeńców wojennych, jeżeli zostaną schwytani przez nieprzyjaciela¹⁰⁷. Innymi słowy: nielegalny kombatant to osoba

¹⁰⁴ Zob. *Interpretive Guidance...*, dz. cyt., s. 52–53.

¹⁰⁵ Tamże, s. 53.

¹⁰⁶ Koncepcja ta nieformalnie została określona mianem „teorii drzwi obrotowych” (*revolving door theory*) – zob. *Interpretive Guidance...*, dz. cyt., s. 70–73.

¹⁰⁷ K. Dörmann, *The Legal Situation of „Unlawful/Unprivileged Combatants”, „IRoRC”* 2003, vol. 85, s. 46. Por. K. Abbott, *Terrorists: Combatants, Criminals, or...? – The Current State of International Law*, [w:] *Canadian Council on International Law, The Measure of International Law: Effectiveness, Fairness and Validity*, Kluwer Law International, The Hague – London – New York 2004, s. 383; M. Marcinko, „Nielegalny kombatant” – problem z definicją, „Międzynarodowe prawo

cywilna zachowująca się jak kombatan, co w konsekwencji powoduje utratę ochrony przysługującej osobom cywilnym. Nielegalni kombatan ci nie mogą też korzystać z praw i przywilejów wynikających ze statusu kombatanta (takich jak prawo do statusu jeńca w przypadku schwytania), ponieważ naruszyli zasadę rozróżniania – nie odróżniali się od ludności cywilnej¹⁰⁸.

W świetle amerykańskiego *Military Commissions Act* z 2009 r. nielegalnym (nieuprawnionym) kombatantem jest osoba niebędąca legalnym kombatantem (na przykład członkiem regularnych sił zbrojnych), która: 1) angażuje się w działania zbrojne wymierzone w Stany Zjednoczone lub ich sojuszników; 2) celowo i w istotny sposób wspiera działania zbrojne przeciw Stanom Zjednoczonym lub ich sojusznikom; 3) była członkiem Al-Kaidy w czasie popełniania wspomnianych wyżej czynów¹⁰⁹. Należy jednak podkreślić, że kategoria „nielegalnego kombatanta” została utworzona w celu zatrzymywania i przetrzymywania spełniających powyższe przesłanki osób, nie zaś na potrzeby selektywnej eliminacji. Jeśli więc w grę wchodzi selektywna eliminacja, to zgodnie z treścią nadanego prezydentowi upoważnienia do użycia siły militarnej (AUMF) można jej użyć przeciwko każdej osobie, która planowała, zatwierdziła, popełniła lub pomagała przy przeprowadzeniu ataków terrorystycznych z 11 września 2001 r.¹¹⁰

Uznanie bin Ladena za nielegalnego kombatanta umożliwiło zatem administracji amerykańskiej traktowanie go jako celu ataku przez cały czas, bez względu na jego rzeczywiste zaangażowanie w działania zbrojne. Co jednak istotne, ze statusu kombatanta mogą korzystać jedynie

humanitarne konfliktów zbrojnych. Wyzwania XXI wieku”, Akademia Marynarki Wojennej, Gdynia 2008, s. 55.

¹⁰⁸ M. S. Wong, dz. cyt., s. 149.

¹⁰⁹ *The Military Commissions Act of 2009 amended the Military Commissions Act of 2006*, Title XVIII of the *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2010*, H.R. 2647, Pub.L. 111–84, 123 Stat. 2190 (28.10.2009).

¹¹⁰ M. S. Wong, dz. cyt., s. 152. Por. A. Bodnar, I. Pacho, dz. cyt., s. 86 („Administracja prezydenta G. W. Busha przyjęła, że z powodu eksterytorialnego charakteru »wojny z terroryzmem« jest ona wyłączona spod jurysdykcji USA. To zaś pociągnęło za sobą konsekwencje w postaci formalnego wyłączenia spod prawa wszystkich osób podejrzewanych o działalność terrorystyczną, tj. tych, przeciwko którym Stany Zjednoczone prowadziły konflikt zbrojny. Nie korzystały one bowiem z ochrony gwarantowanej przepisami prawa krajowego oraz przepisami prawa międzynarodowego”). Zob. też G. Blum, P. Heymann, *Law and Policy of Targeted Killing*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 1, s. 156.

osoby walczące w międzynarodowym konflikcie zbrojnym, dlatego K. Dörmann słusznie utrzymuje, że pojęcie nielegalnego kombatanta występuje tylko w kontekście prawa stosowanego w międzynarodowych konfliktach zbrojnych. Prawo regulujące konflikty międzynarodowe nie przewiduje statusu kombatanta¹¹¹. Skoro więc Waszyngton uważa, że konflikt Stanów Zjednoczonych z Al-Kaidą ma charakter międzynarodowy, jest rzeczą zastanawiającą, dlaczego doszło tu do zastosowania norm obowiązujących w międzynarodowych konfliktach zbrojnych. Można odnieść wrażenie, że przy tworzeniu definicji nielegalnego kombatanta administracja amerykańska po prostu nie przywiązywała wagi do różnic pomiędzy międzynarodowym i międzynarodowym konfliktem zbrojnym¹¹².

Jeśli rzeczywiście traktować amerykańskie działania zbrojne wymierzone w Al-Kaidę jako międzynarodowy konflikt zbrojny, należy zastanowić się, jaki status, w świetle zasad i norm MPH regulujących tego typu konflikty, przysługiwałby Osamie bin Ladenowi. Generalnie w przypadku międzynarodowych konfliktów zbrojnych nie funkcjonuje pojęcie kombatanta (i powiązane z nim pojęcie jeńca wojennego) – konflikt toczy się między siłami zbrojnymi państwa a rozłamowymi siłami zbrojnymi lub innymi zorganizowanymi, uzbrojonymi grupami¹¹³. Funkcjonuje zaś pojęcie osoby cywilnej (choć go nie zdefiniowano) oraz ochrona przysługująca takim osobom – według art. 13 ust. 2 PD II „ludność cywilna jako taka, jak też osoby cywilne, nie mogą być przedmiotem ataków”, przy czym ochrona ta ustaje, jeżeli osoby cywilne biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, przez czas takiego udziału¹¹⁴. Zgodnie z powyższym jednostka może stać się przedmiotem ataku, jeśli jest członkiem zorganizowanej, uzbrojonej grupy lub bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych¹¹⁵. Pojęcie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych można interpretować podobnie jak w sytuacji konfliktu międzynarodowego, wątpliwości budzić może jednak kwestia członkostwa w zorganizowanej, uzbrojonej grupie, brak bowiem w prawie

¹¹¹ K. Dörmann, dz. cyt., s. 47.

¹¹² M. S. Wong, dz. cyt., s. 152.

¹¹³ Zob. art. 1 ust. 1 PD II.

¹¹⁴ Zob. art. 13 ust. 3 PD II.

¹¹⁵ Zob. M. S. Wong, dz. cyt., s. 153. Por. *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 19, pkt 58; V. Sunkavalli, dz. cyt., s. 155.

traktatowym stosownych postanowień, które precyzowałyby, na czym polega takie członkostwo.

W świetle cytowanych już *Wytocznych* MKCK w konfliktach międzynarodowych za osoby cywilne uznać należy wszystkie osoby, które nie są członkami państwowych sił zbrojnych ani zorganizowanych grup zbrojnych strony konfliktu. Z kolei zorganizowane grupy zbrojne stanowią siły zbrojne niepaństwowej strony konfliktu i składają się wyłącznie z osób, których ciągłą funkcją jest branie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Takie osoby sprawują zatem ciągłe funkcje bojowe (*continuous combat function*)¹¹⁶. W efekcie, jak zauważa P. Grzebyk, według *Wytocznych* w konfliktach międzynarodowych wyróżnić można: 1) status członka sił zbrojnych strony państwowej (rządowej); 2) status członka zorganizowanych grup zbrojnych strony niepaństwowej, którego stałą funkcją jest branie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych; 3) status osoby cywilnej¹¹⁷.

W kontekście powyższych rozważań w odniesieniu do Al-Kaidy, jako zorganizowanej grupy zbrojnej strony niepaństwowej, do jej członków należy zaliczyć te osoby, które sprawują ciągłe funkcje bojowe. *A contrario*, jeżeli dana osoba nie sprawuje ciągłych funkcji bojowych, nie należy do zorganizowanej grupy zbrojnej, jest zatem osobą cywilną, która może być zaatakowana tylko wówczas, gdy weźmie bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. W przypadku zaś osób sprawujących ciągłe funkcje bojowe nie są one chronione przed atakami, mogą więc być zaatakowane zawsze i wszędzie, chyba że trwale porzucą swoje funkcje¹¹⁸. Innymi słowy: sprawowanie ciągłych funkcji bojowych w ramach ugrupowania zbrojnego tworzy *de facto* pewien status i w rezultacie osoba posiadająca ten status może stać się celem ataku w każdym momencie – nawet gdy w danej chwili nie bierze bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych¹¹⁹.

Sprawowanie ciągłych funkcji bojowych nie oznacza oczywiście przyznania statusu kombatanta oraz praw z nim związanych.

¹¹⁶ *Interpretive Guidance...*, dz. cyt., s. 27.

¹¹⁷ P. Grzebyk, dz. cyt., s. 64.

¹¹⁸ Tamże, s. 65.

¹¹⁹ Zob. *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 20–21, pkt 65. Por. N. Hayashi, *Continuous Attack Liability without Right or Fact of Direct Participation in Hostilities – the ICRC Interpretative Guidance and Perils of Pseudo-Status*, [w:] J. Nowakowska-Małusecka dz. cyt., s. 57.

W *Wytycznych* MKCK wyraźnie podkreślono, że kategoria ta ma służyć do odróżniania członków zorganizowanych grup zbrojnych strony niepaństwowej od osób cywilnych, które w sposób spontaniczny, sporadyczny lub niezorganizowany biorą bezpośredni udział w działaniach zbrojnych lub które wykonują wyłącznie funkcje polityczne, administracyjne bądź inne o charakterze niebojowym (na przykład działają w ramach politycznego skrzydła danej organizacji zbrojnej)¹²⁰. Sprawowanie ciągłych funkcji bojowych wymaga ponadto „pozostawania w strukturach zorganizowanej grupy zbrojnej działającej jako siły zbrojne strony niepaństwowej w konflikcie zbrojnym. Zatem w odniesieniu do osób, których ciągła funkcja polega na przygotowywaniu, przeprowadzaniu lub kierowaniu działaniami stanowiącymi bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, przyjmuje się założenie, że sprawują ciągle funkcje bojowe”¹²¹.

Powyższa koncepcja niesie jednak ze sobą ryzyko omyłkowego zaatakowania osoby, która – przykładowo – mogła już trwale porzucić funkcje bojowe. Jeśli więc państwo ma zamiar skorzystać z tej koncepcji, na przykład w celu przeprowadzenia selektywnej eliminacji, ciąży na nim obowiązek wykazania, że posiada niezbite dowody na członkostwo danej osoby w zorganizowanej grupie zbrojnej, w której sprawuje ona ciągle funkcje bojowe¹²².

Prezentowane przez H. H. Koha uzasadnienie legalności selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena w świetle MPH opiera się na „niekwestionowanej pozycji [bin Ladena] jako przywódcy w strukturach Al-Kaidy oraz jego oczywistej, nieustającej roli operacyjnej”¹²³. Sprawowanie takich funkcji mogłoby zasadniczo spełniać wymóg „pozostawania w strukturach zorganizowanej grupy zbrojnej” i obejmować „przygotowywanie, przeprowadzanie lub kierowanie działaniami lub operacjami sprowadzającymi się do bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych”¹²⁴. W praktyce osoba cywilna, która regularnie i konsekwentnie bierze udział w działaniach zbrojnych prowadzonych przez stronę konfliktu, niemal zawsze będzie powiązana z zorganizowanymi

¹²⁰ *Interpretive Guidance...*, dz. cyt., s. 33–34. Zob. też: *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 21, pkt 66.

¹²¹ *Interpretive Guidance...*, dz. cyt., s. 34.

¹²² *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 21, pkt 66.

¹²³ H. H. Koh, *The Lawfulness...*, dz. cyt.

¹²⁴ Tamże.

siłami lub grupą zbrojną, stąd *de facto* może być postrzegana jako członek takich sił lub grupy, jeśli założymy, że w ramach tych sił lub grupy sprawuje ciągle funkcje bojowe. Osoba taka nie jest już wówczas uważana za osobę cywilną i traci ochronę przed bezpośrednim atakiem do czasu, aż w sposób trwały zrezygnuje ze sprawowania wspomnianych funkcji bojowych¹²⁵. W kontekście selektywnej eliminacji administracja amerykańska musiałaby zatem udowodnić, że z perspektywy zasady rozróżniania Osama bin Laden może zostać uznany za członka zorganizowanej grupy zbrojnej z racji sprawowania ciągłych funkcji bojowych dotyczących bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, a z uwagi na sprawowanie tych funkcji można go traktować jako dozwolony cel ataku w rozumieniu MPH¹²⁶.

Należy jednak zaznaczyć, że nawet gdy konkretny cel selektywnej eliminacji nie budzi wątpliwości w zakresie jego legalności w świetle MPH, pozostaje jeszcze kwestia zgodności z zasadą proporcjonalności oraz uzasadnienie selektywnej eliminacji koniecznością wojskową¹²⁷. Co istotne, H. H. Koh nie neguje potrzeby przestrzegania tych zasad, wręcz przeciwnie – podkreśla, że w przypadku operacji polegających na selektywnej eliminacji reguły ich dotyczące dokładnie analizuje się pod kątem ich zgodności z zasadami prawa konfliktów zbrojnych, w tym między innymi z zasadą proporcjonalności, mówiącą, że zabronione są ataki, co do których można przypuszczać, że wywołają straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub połączenie tych strat i szkód, jeśli byłyby one nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową¹²⁸. Skoro zaś konflikt

¹²⁵ N. Melzer, *Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities*, „New York University Journal of International Law and Politics” 2009–2010, vol. 42, s. 890.

¹²⁶ M. S. Wong, dz. cyt., s. 155.

¹²⁷ Por. V. Sunkavalli, dz. cyt., s. 155.

¹²⁸ H. H. Koh, *The Obama Administration...*, dz. cyt. Por. L. R. Beres, *The Killing of Osama bin Laden*, www.crimesofwar.org/commentary/the-killing-of-osama-bin-laden/ (dostęp: 14.03.2012). David Kretzmer podkreśla jednak, że niezwykle trudnym zadaniem jest oszacowanie konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej, którą można osiągnąć w wyniku zaatakowania terrorysty, jak również określenie spodziewanych strat w życiu ludzkim, ranienia osób cywilnych, szkód w dobrach o charakterze cywilnym lub połączenia tych strat i szkód w porównaniu do wspomnianej korzyści. Należy jednak założyć, iż jeśli istnieje zagrożenie, że w czasie

z Al-Kaidą uważany jest przez Waszyngton za konflikt zbrojny, członkowie tej organizacji są dozwolonymi celami ataków, podlegającymi zasadom rozróżniania i proporcjonalności¹²⁹.

W prawie humanitarnym nie mniej istotne znaczenie ma zasada konieczności wojskowej. Zgodnie z nią dozwolone jest użycie siły tylko w takim stopniu i w takiej formie, które nie są zakazane przez MPH i które są wymagane, by osiągnąć uzasadniony cel konfliktu, czyli całkowite lub częściowe poddanie się nieprzyjaciela w jak najkrótszym czasie i z minimalnym zużyciem sił i środków (co dotyczy również życia własnych żołnierzy). Co więcej, z zasady tej pośrednio wynika obowiązek przestrzegania zasady humanitaryzmu, w świetle której zabronione jest zadawanie cierpienia oraz powodowanie ran i zniszczeń niebędących rzeczywiście koniecznymi do osiągnięcia uzasadnionych celów wojskowych¹³⁰. Tym samym w przypadku selektywnej eliminacji zasada konieczności wojskowej oraz względy humanitaryzmu powinny być głównymi wytycznymi przy określaniu rodzaju i stopnia siły, której użycie ma być dozwolone wobec uzasadnionych celów wojskowych¹³¹.

W świetle powyższych rozważań nawet jeśli Osama bin Laden stanowił dozwolony cel ataku, Stany Zjednoczone miały obowiązek rozważyć zastosowanie wobec niego środków o charakterze nieśmiertelności; amerykańscy komandosi powinni byli więc podjąć próbę zatrzymania terrorysty, a użycie siły śmiertelnej pozostawić na sytuację, kiedy byłoby to absolutnie konieczne¹³². Ponadto jeśli bin Laden próbował się poddać bądź został ranny i nie podejmował żadnych wrogich działań w stosunku do amerykańskich żołnierzy, zdawał się na łaskę przeciwnika i stawał się osobą znajdującą się we władzy strony przeciwnej, a zatem podlegał ochronie przed atakami¹³³. Nie wszystkie jednak fakty

ataku osoby cywilne mogą zginąć bądź zostać ranne, taki atak będzie bezprawny (zob. D. Kretzmer, dz. cyt., s. 211).

¹²⁹ A. S. Deeks, dz. cyt.

¹³⁰ *Interpretive Guidance...*, dz. cyt., s. 79.

¹³¹ N. Melzer, *Keeping the Balance...*, dz. cyt., s. 904.

¹³² M. S. Wong, dz. cyt., s. 156. Według amerykańskiego prokuratora generalnego E. Holdera osoby przygotowujące operację „Neptune Spear” brały pod uwagę sytuację, że Osama bin Laden może próbować się poddać i należało go wówczas zatrzymać, jednak bezpieczeństwo i ochrona komandosów przeprowadzających akcję miały mieć tu priorytetowe znaczenie (A. Thorp, dz. cyt., s. 9).

¹³³ Według E. Holdera Osama bin Laden nie podjął żadnych prób poddania się, a nawet gdyby to zrobił, członkowie oddziału Navy SEAL powinni wtedy postąpić tak, jak postąpili, by chronić siebie oraz inne osoby znajdujące się w budynku

dotyczące operacji „Neptune Spear” zostały dotąd ujawnione, dlatego ocena legalności analizowanego aspektu tej operacji pozostaje w sferze domysłów, a na ostateczną ich weryfikację trzeba poczekać do czasu, aż Biały Dom zdecyduje się podać do publicznej wiadomości wszystkie detale omawianego przypadku selektywnej eliminacji.

4. Kwestia zastosowania paradygmatu ochrony porządku publicznego w przypadku selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena

Przyjęte przez Waszyngton założenie, zgodnie z którym konflikt toczący się między Stanami Zjednoczonymi a Al-Kaidą to konflikt zbrojny, a członkowie tej terrorystycznej organizacji to wrogowie będący legalnym celem ataków, wpisuje selektywną eliminację Osamy bin Ladena w ramy paradygmatu wojennego. Warto jednak zastanowić się, jak wyglądałaby legalność i zasadność powyższego przypadku selektywnej eliminacji z perspektywy paradygmatu ochrony porządku publicznego¹³⁴. Jeśli bowiem w stosunku do selektywnej eliminacji nie znajdujemy zastosowania zasady i normy MPH i eliminacja ta przeprowadzana jest w oderwaniu od konfliktu zbrojnego, uzasadnienia użycia przez państwo siły śmiertelnej wobec jednostki należy szukać w międzynarodowym prawie praw człowieka. W odniesieniu do analizowanego przypadku właściwym aktem prawnym będzie Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r. (MPPOiP)¹³⁵, choćby z dwóch istotnych powodów: zawiera on odpowiednie postanowienia, które pozwalają na dokonanie oceny legalności selektywnej eliminacji

(zob. A. Thorp, dz. cyt., s. 2). Z kolei jak donosi „Telegraph”, w trakcie akcji amerykańskich komandosów Osama bin Laden nie był uzbrojony, jednak jego ucieczka do sypialni (po pierwszym niecelnym strzale oddanym w jego kierunku) uznana została za akt oporu, uzasadniający użycie siły (zob. *Osama bin Laden Death: Al-Qaeda Leader Killed after He Retreated into His Room*, „Telegraph”, 6 May 2011. Por. K. H. Govern, dz. cyt., s. 362–363).

¹³⁴ Co ciekawe, według A. S. Deeks nawet jeśli przyjąć, że między USA i Al-Kaidą nie toczył się konflikt zbrojny, Stany Zjednoczone nadal mogły użyć siły wobec bin Ladena w ramach samoobrony narodowej, ponieważ bin Laden stanowił stałe, bezpośrednie zagrożenie dla bezpieczeństwa USA, zatem użycie siły było konieczne w celu odparcia tego zagrożenia (zob. A. S. Deeks, dz. cyt.).

¹³⁵ Dz.U. z 1977 r. Nr 38 poz. 167, zał.

Osamy bin Ladena, a Stany Zjednoczone są jego stroną, mają zatem obowiązek przestrzegać jego postanowień.

W świetle art. 6 ust. 1 MPPOiP „Każda istota ludzka ma przyrodzone prawo do życia. Prawo to powinno być chronione przez ustawę. Nikt nie może być samowolnie pozbawiony życia”¹³⁶. Zakaz samowolnego pozbawiania jednostek życia obowiązuje państwa-strony Paktu, słowo „samowolnie” sugeruje jednak, że zakaz ten nie ma charakteru absolutnego; poza tym samowolność pozostaje pojęciem niejednoznacznym, nie jest bowiem do końca jasne, kiedy celowe, zamierzone pozbawienie życia mogłoby zostać uznane za samowolne. Wnioskować zatem można, że w pewnych okolicznościach możliwe jest zgodne z prawem użycie siły śmiertelnej wobec jednostki, choć okoliczności te nie zostały w Pakcie wymienione w obawie przed ewentualnymi ich nadużyciami ze strony państw¹³⁷. W doktrynie jednak zamierzone, zaplanowane użycie siły śmiertelnej wobec jednostki określa się mianem „zabójstwa bez wyroku sądowego” i za takie zabójstwa uważa się zazwyczaj przypadki selektywnej eliminacji. Czy mimo to można w ramach szeroko rozumianej wojny z terroryzmem zabić zgodnie z prawem jednostkę oskarżaną o przynależność do organizacji terrorystycznej i winną popełnienia aktów terroryzmu?

Doktryna prawa międzynarodowego jest co do zasady zgodna, że w pewnych wyjątkowych przypadkach użycie siły śmiertelnej może być dozwolone jako środek ostateczny, a jej zastosowanie warunkowane jest poszanowaniem międzynarodowych standardów dotyczących użycia siły oraz ochroną życia ludzkiego. Przypadki te mogą obejmować operacje antyterrorystyczne, należy jednak pamiętać, że z terrorystami powinno się postępować jak z przestępcami, co oznacza, że w świetle prawa należy ich aresztować, postawić przed sądem i w drodze postępowania sądowego zdecydować o karze za ich czyny¹³⁸. Tym samym z perspektywy paradygmatu ochrony porządku publicznego zabójstwo jednostki jest dozwolone jedynie wówczas, gdy jest to

¹³⁶ Por. analogiczne postanowienia zawarte w regionalnych konwencjach poświęconych ochronie praw człowieka: europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (art. 2 ust. 2), Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 1969 r. (art. 4 ust. 1) i Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów z 1981 r. (art. 4).

¹³⁷ Zob. M. S. Wong, dz. cyt., s. 160–161.

¹³⁸ A. Thorp, dz. cyt., s. 8. Por. G. Blum, P. Heymann, dz. cyt., s. 160.

konieczne w celu ochrony życia i nie ma możliwości podjęcia żadnych innych środków (takich jak aresztowanie czy obezwładnienie nieprowadzące do śmierci), które mogłyby zapobiec istnjącemu zagrożeniu dla życia¹³⁹. Legalność użycia siły śmiertelnej zależy więc od spełnienia warunków proporcjonalności i konieczności. Proporcjonalność oznacza, że należy ograniczyć dozwolony poziom siły, uwzględniając zagrożenie, jakie osoba ścigana stanowi dla innych. Konieczność nakłada obowiązek zredukowania do minimum poziomu zastosowanej siły, niezależnie od potrzeby zachowania odpowiedniej proporcji pomiędzy siłą a zagrożeniem¹⁴⁰. Użycie siły śmiertelnej byłoby więc uzasadnione, gdyby na przykład w sytuacji wzięcia zakładnika jego życie było zagrożone na tyle bezpośrednio, że każda próba aresztowania porywacza dawała mu czas na zabicie swojej ofiary¹⁴¹. Jeśli zatem selektywną eliminację traktować jako zamierzone, rozmyślane i zaplanowane zabójstwo jednostki przez przedstawicieli organów ochrony porządku publicznego, w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka nie można uznać tej taktyki za legalną, w przeciwieństwie bowiem do konfliktu zbrojnego w okresie pokoju zabójstwo nigdy nie może być jedynym i wyłącznym celem operacji¹⁴².

Według przedstawicieli administracji amerykańskiej (w tym E. Holdera) operacja „Neptune Spear” miała na celu schwytanie albo zabicie Osamy bin Ladena (*kill-or-capture mission*), a członkowie oddziału

¹³⁹ *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 11, pkt 32.

¹⁴⁰ Tamże. Zob. też V. Sunkavalli, dz. cyt., s. 145–146. Warto przytoczyć tu zasadę nr 9 zawartą w dokumencie przyjętym w ramach ONZ o nazwie *Podstawowe zasady dotyczące użycia siły i broni palnej przez przedstawicieli organów ochrony porządku publicznego*. W świetle tej zasady siły użyć można „w samoobronie lub w obronie innych osób przed bezpośrednim zagrożeniem życia lub odniesieniem poważnych obrażeń, w celu zapobieżenia popełnieniu szczególnie poważnego przestępstwa stanowiącego poważne zagrożenie dla życia, w celu aresztowania osoby stwarzającej takie zagrożenie i stawiającej opór [organom ochrony porządku publicznego] lub w celu powstrzymania takiej osoby przed ucieczką i tylko wówczas, gdy mniej dotkliwe środki są niewystarczające, by osiągnąć wspomniane cele. W każdym przypadku zamierzone śmiertelne użycie broni palnej jest dozwolone wyłącznie wówczas, gdy jest to całkowicie nieuniknione w celu ochrony życia”; zob. *United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*, adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990; www.ohchr.org/english/law/pdf/firearms.pdf (dostęp: 04.09.2012).

¹⁴¹ Por. D. Kretzmer, dz. cyt., s. 179; V.-J. Proulx, dz. cyt., s. 887.

¹⁴² *Report of the Special Rapporteur...*, dz. cyt., s. 11, pkt 33.

Navy SEAL byli gotowi schwycić go, gdyby ten chciał się poddać¹⁴³. W takim przypadku zabójstwo bin Ladena byłoby uzasadnione, gdyby był to środek ostateczny, użyty w odpowiedzi na bezpośrednie zagrożenie dla życia innej osoby. Szczegóły operacji „Neptune Spear” pozostają niestety utajnione, zaś przekazane do wiadomości publicznej fakty nie są wystarczająco precyzyjne, by ocenić, czy życie komandosów z Navy SEAL lub osób przebywających w pobliżu bin Ladena znajdowało się w bezpośrednim niebezpieczeństwie, a zabójstwo terrorysty było konieczne w celu ochrony życia tych osób. Z punktu widzenia międzynarodowego prawa praw człowieka istotne byłoby zatem ustalenie, czy komandosi mieli realną możliwość zatrzymania/zaaresztowania bin Ladena, zamiast użycia wobec niego siły śmiertelności. Jeśli zabójstwo tego terrorysty miało charakter zaplanowany i dokonane było celowo, wówczas byłby to przykład zabójstwa bez wyroku sądowego, gdy jedynym celem operacji jest likwidacja danej jednostki bez rozpatrzenia możliwości zastosowania innych, nieśmiertelnych środków¹⁴⁴.

Warto jeszcze nadmienić, iż zdaniem H. H. Koha materiały znalezione w posiadłości bin Ladena i przejęte podczas operacji „Neptune Spear” stanowią dowody na to, że terrorysta ten planował i organizował kolejne ataki terrorystyczne przeciwko Stanom Zjednoczonym – co miałoby legitymizować jego zabójstwo¹⁴⁵. Z uwagi jednak na fakt, że nie ujawniono wszystkich faktów dotyczących operacji, trudno ocenić, czy wartość i znaczenie tych materiałów są wystarczające, by na ich podstawie uzasadnić użycie siły śmiertelności i rezygnację z innych środków o charakterze nieśmiertelnym.

Podsumowując: jeżeli istniałyby niezbita dowody na to, że Osama bin Laden planuje zamachy terrorystyczne przeciwko USA i nie było

¹⁴³ A. Thorp, dz. cyt., s. 2.

¹⁴⁴ M. S. Wong, dz. cyt., s. 161–162. Potrzebę ujawnienia przez Stany Zjednoczone stosownych faktów pozwalających na ocenę selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena z perspektywy standardów międzynarodowego prawa praw człowieka oraz wydania oświadczenia, czy na poziomie planowania operacji „Geronimo” zakładano możliwość schwytania tego terrorysty, wyrazili m.in. Specjalny Sprawozdawca ONZ do spraw doraźnych egzekucji Christof Heyns i Specjalny Sprawozdawca ONZ do spraw praw człowieka i zwalczania terroryzmu Martin Scheinin. Zob. *Osama bin Laden: Statement by the UN Special Rapporteur on Summary Executions and on Human Rights and Counter-Terrorism*, Office of the High Commissioner of Human Rights press release, 6 May 2011; www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10987&LangID=E (dostęp: 04.09.2012).

¹⁴⁵ H. H. Koh, *The Lawfulness...*, dz. cyt. Por. K. H. Govern, dz. cyt., s. 363.

możliwości schwytania go lub aresztowania albo użycia innych środków nieśmiertelnych, należałoby wówczas ocenić, czy z prawnego punktu widzenia jego eliminacja stanowiła samowolne pozbawienie życia, w rozumieniu art. 6 ust. 1 MPPOiP. Przy przeprowadzaniu takiej oceny należałoby zatem odpowiedzieć na pytania: 1) czy istniało bezpośrednie zagrożenie dla życia innej osoby? 2) czy istniało zagrożenie bezpośrednich ataków terrorystycznych? 3) czy środki nieśmiertelne okazały się nieskuteczne lub po prostu niewykonalne i dlatego użycie siły prowadzącej do pozbawienia życia stanowiło środek ostateczny?¹⁴⁶

Powyższą ocenę komplikowałby jednak fakt, że Stany Zjednoczone konsekwentnie odmawiają eksterytorialnego stosowania zobowiązań z zakresu praw człowieka, i to zarówno w okresie pokoju, jak i w trakcie konfliktu zbrojnego. W świetle art. 2 ust. 1 MPPOiP „Każde z Państw-Stron niniejszego Paktu zobowiązuje się przestrzegać i zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji, prawa uznane w niniejszym Pakcie”¹⁴⁷. Selektywna eliminacja Osamy bin Ladena miała miejsce na terytorium Pakistanu, zatem zdaniem Białego Domu przywódca Al-Kaidy ani nie znajdował się na terytorium Stanów Zjednoczonych (co nie budzi wątpliwości), ani nie podlegał amerykańskiej jurysdykcji (co można jednak różnie interpretować).

W kontekście powyższych rozważań warto przytoczyć pkt 10 Komentarza Ogólnego nr 31 Komitetu Praw Człowieka ONZ¹⁴⁸, zgodnie z którym państwa-strony Paktu zobowiązane są do przestrzegania i zapewnienia praw określonych w Pakcie wszystkim osobom, które znalazły się we władzy lub pod efektywną kontrolą danego państwa-strony, nawet jeśli te osoby nie znajdują się na terytorium tego państwa-strony. Co więcej, powyższą zasadę stosuje się również w sytuacji, gdy wspomniane osoby znalazły się we władzy lub pod efektywną kontrolą sił państwa-strony działających poza jego terytorium (na przykład w ramach operacji wymuszania pokoju). Rodzi się zatem pytanie, czy w dniu swojej śmierci Osama bin Laden mógł znajdować się we władzy lub pod efektywną kontrolą amerykańskich komandosów?

¹⁴⁶ M. S. Wong, dz. cyt., s. 162.

¹⁴⁷ Art. 2 ust. 1 MPPOiP.

¹⁴⁸ Human Rights Committee, General Comment No. 31: *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004.

Zdania w tej kwestii w doktrynie są oczywiście podzielone. Według J. Pausta żołnierze z Navy SEAL nie sprawowali nad bin Ladenem efektywnej kontroli, ponieważ terrorysta nie poddał się im i nie został przez nich zatrzymany¹⁴⁹ – Paust łączy więc efektywną kontrolę ze schwytaniem bin Ladena, stosując tym samym ścisłą interpretację efektywnej kontroli. Ogranicza on zatem jurysdykcję eksterytorialną wyłącznie do jej wymiaru personalnego, czyli sytuacji, gdy dana jednostka faktycznie znajduje się w rękach państwa, to znaczy została zatrzymana, schwytana lub w inny sposób pozbawiona wolności¹⁵⁰. Jednak bardziej przekonująca wydaje się być szersza interpretacja efektywnej kontroli, prezentowana między innymi przez N. Lubella, który proponuje zastosowanie w omawianych przypadkach testu polegającego na określeniu, czy prawa jednostki znajdują się pod kontrolą państwa. Jeśli zatem funkcjonariusze państwowi – bez względu na to, czy podejmują swoje działania na miejscu, czy realizują je z pewnej odległości – są w stanie przeprowadzić swój plan ataku na daną jednostkę z zamiarem pozbawienia jej życia, stanowić to może formę sprawowania władzy lub kontroli nad jej życiem¹⁵¹.

W świetle powyższego testu uznać można, że Stany Zjednoczone sprawowały efektywną kontrolę nad Osamą bin Ladenem, ciążył więc na nich obowiązek przestrzegania i zapewnienia praw określonych w MPPOiP. Amerykańscy komandosi działali bowiem na terenie posiadłości tego terrorysty z zamiarem schwytania go lub zabicia – w obu przypadkach zamiar ten mógł stanowić formę sprawowania władzy lub kontroli nad życiem przywódcy Al-Kaidy. Bez względu zatem na fakt, czy bin Laden został faktycznie schwytany, czy nie, wymierzona przeciw niemu operacja może być postrzegana jako osiągnięta pewien stopień efektywnej kontroli¹⁵².

¹⁴⁹ J. J. Paust, *Permissible Self-Defense...*, dz. cyt., s. 581.

¹⁵⁰ Por. M. S. Wong, dz. cyt., s. 159.

¹⁵¹ N. Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 223.

¹⁵² M. S. Wong, dz. cyt., s. 159–160.

Podsumowanie

Z uwagi na niejasności, jakie budzą informacje podane przez amerykańską administrację w odniesieniu do operacji „Neptune Spear”, jak również szereg wątpliwości natury interpretacyjnej, dotyczących możliwych do zastosowania norm prawnomiedzynarodowych (czego przykładem może być problem ze zdefiniowaniem bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych), legalność selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena wymyka się jednoznacznej, ostatecznej ocenie prawnej. Na wiele pytań można byłoby odpowiedzieć dopiero po ujawnieniu przez Biały Dom instrukcji, jakie otrzymali członkowie oddziału Navy SEAL, oraz wyjaśnieniu, jakie w trakcie realizacji omawianej operacji podjęto starania, by zmusić bin Ladena do poddania się, i jak poważne stanowił on zagrożenie w dniu, w którym dokonano jego selektywnej eliminacji¹⁵³. Niewątpliwie każdy przypadek selektywnej eliminacji powinien być rozpatrywany oddzielnie, z uwzględnieniem wszelkich stosownych okoliczności oraz w świetle obowiązujących zasad i norm z zakresu *ius ad bellum*, *ius in bello* i międzynarodowego prawa praw człowieka¹⁵⁴. Omówiony w niniejszym artykule przypadek ukazuje, co prawda, złożoność problemu w szerszym ujęciu i stanowi przykład, jakim wyzwaniem dla prawa międzynarodowego jest obecnie zjawisko selektywnej eliminacji, pozwala to jednak na sformułowanie pewnych bardziej ogólnych wniosków, które mogą być pomocne przy ocenie legalności selektywnej eliminacji zarówno jako taktyki, jak i w odniesieniu do poszczególnych, konkretnych jej przypadków.

Jeśli selektywna eliminacja ma być przeprowadzona przez dane państwo na terytorium innego państwa, należy przy tym uwzględnić obowiązujący w prawie międzynarodowym zakaz użycia siły i ściśle przestrzegać warunków dopuszczalności powołania się na prawo do samoobrony (w tym przede wszystkim zasad konieczności i proporcjonalności). Samoobrona byłaby dopuszczalna w przypadku odpowiedzi na atak ze strony podmiotu niepaństwowego, którego struktury bądź członkowie znajdują się na obszarze innego państwa. Trzeba jednak wziąć wówczas pod uwagę obowiązek poszanowania suwerenności tego państwa. Należy pamiętać, że użycie sił zbrojnych poza granicami

¹⁵³ Zob. A. Thorp, dz. cyt., s. 9.

¹⁵⁴ M. S. Wong, dz. cyt., s. 163.

kraju w celu likwidacji wrogów, gdy działanie to nie mieści się w ramach tradycyjnego konfliktu zbrojnego, może doprowadzić do osłabienia współpracy międzynarodowej, erozji stosunków dyplomatycznych, zagrożenia niepodległości i integralności terytorialnej, a nawet do eskalacji przemocy i wybuchu wojny. Selektywna eliminacja mogłaby więc zostać przeprowadzona dopiero po uzyskaniu zgody tego państwa, ewentualnie bez tej zgody, gdy państwo nie chce bądź nie jest w stanie ścigać wspomnianych członków podmiotu niepaństwowego¹⁵⁵. Działania zbrojne należy zaś kierować wyłącznie przeciwko członkom podmiotu niepaństwowego (oraz, w razie konieczności, przeciw należącym do niego instalacjom i obiektom).

Podczas prowadzenia operacji mającej na celu selektywną eliminację jednostek uwzględniać należy odpowiednie zasady i normy międzynarodowego prawa humanitarnego i/lub międzynarodowego prawa praw człowieka. Jeśli w grę wchodzić ma MPH, należy ustalić, czy w świetle zaistniałych okoliczności do selektywnej eliminacji dojdzie w ramach terytorialnych i czasowych granic konfliktu zbrojnego, a jeśli tak, to jaki to będzie konflikt: międzynarodowy czy niemiędzynarodowy. W obu jednak przypadkach należy przestrzegać zasady rozróżniania, a w trakcie realizacji operacji również pozostałych zasad MPH: proporcjonalności, humanitaryzmu i konieczności woj-skowej.

W przypadku zastosowania standardów z zakresu praw człowieka użycie siły śmiertelnej wobec jednostek musi być absolutnie konieczne, proporcjonalne i traktowane jako środek ostateczny, kiedy nie ma już żadnych innych, mniej dotkliwych środków do wykorzystania¹⁵⁶. Co istotne, operacja polegająca na selektywnej eliminacji nie może być formą odwetu bądź zemsty, nie może więc mieć charakteru karnego, aby nie stanowiła przypadku samowolnego pozbawienia życia¹⁵⁷. Bardzo trudno jest zatem uzasadnić prawnie operację polegającą na selektywnej eliminacji w świetle paradygmatu ochrony porządku publicznego, w szczególności wówczas, gdy nie jest to pojedynczy, wyjątkowy przypadek, lecz taktyka stanowiąca regularnie stosowaną, systematyczną praktykę. Nie pozostawia ona bowiem miejsca na

¹⁵⁵ G. Blum, P. Heymann, dz. cyt., s. 163–164.

¹⁵⁶ M. S. Wong, dz. cyt., s. 163. Por. D. Kretzmer, dz. cyt., s. 211; V. Sunkavalli, dz. cyt., s. 145.

¹⁵⁷ G. Blum, P. Heymann, dz. cyt., s. 160.

postępowanie sądowe czy apelację, nie uwzględnia gwarancji procesowych przysługujących jednostce będącej celem ataku. Realizacja polityki selektywnej eliminacji w istocie może oznaczać, że wystrzelona pojedyncza kula jest równocześnie oskarżycielem, sędzią i katem¹⁵⁸.

Pewną konsekwencją selektywnej eliminacji Osamy bin Ladena może być uznanie przez państwa borykające się z problemem terroryzmu, że w walce z tym zjawiskiem omawiana taktyka jest środkiem, który można stosować na terytoriach innych krajów niezależnie od istniejących granic państwowych. W przypadku Stanów Zjednoczonych nie ulega wątpliwości, że nadal będą one prowadzić politykę selektywnej eliminacji wobec członków Al-Kaidy na całym świecie. Potwierdził to główny doradca prezydenta B. Obamy do spraw bezpieczeństwa narodowego i antyterroryzmu John O. Brennan w swoim wystąpieniu w Wilson Center w kwietniu 2012 r. Brennan wyraźnie podkreślił, że tego rodzaju operacje przeprowadzane są z pełnym poszanowaniem prawa, a ich celem jest zapobieganie atakom terrorystycznym przeciw Stanom Zjednoczonym i ochrona życia amerykańskich obywateli. Wymienił też warunki, które w ramach wykonywania selektywnej eliminacji Waszyngton zobowiązuje się przestrzegać. Są wśród nich między innymi zapewnienie, że jednostki, które zostaną zaatakowane, są w świetle prawa dozwolonymi celami ataku; określenie, czy dana jednostka stanowi poważne zagrożenie dla interesów USA; ustalenie, czy selektywna eliminacja jest jedynym dostępnym środkiem, gdy zatrzymanie danej jednostki nie jest możliwe; oraz uwzględnianie potrzeby każdorazowego określenia, czy Stany Zjednoczone mogą podjąć jednostronne działania na terytorium obcego państwa¹⁵⁹.

Stany Zjednoczone nie są zresztą jedynym krajem, który używa siły przeciw podmiotom niepaństwowym na obszarze innych suwerennych państw w ramach walki z terroryzmem. Postępują tak na przykład Izrael, Turcja i Kolumbia, nie pytając o zgodę tych państw i nie czekając na upoważnienie do użycia siły udzielane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ. Jednak im więcej państw będzie działać w ten sposób, tym bardziej prawdopodobne, że selektywna eliminacja uzyska ostatecznie akceptację, przynajmniej polityczną, jeśli nie

¹⁵⁸ V.-J. Proulx, dz. cyt., s. 890.

¹⁵⁹ J. Brennan, dz. cyt.

prawnomiędzynarodową¹⁶⁰. Wówczas może ona przestać być środkiem stosowanym wyłącznie w wyjątkowo nagłych i koniecznych sytuacjach. Tymczasem w interesie państw powinno leżeć ujarzmianie przemocy, a nie jej eskalacja, dlatego jeśli istnieje rozwiązanie alternatywne, należy je zastosować, nie tylko z prawnego punktu widzenia, lecz także z punktu widzenia rozsądnie prowadzonej polityki¹⁶¹.

¹⁶⁰ A. Thorp, dz. cyt., s. 9.

¹⁶¹ G. Blum, P. Heymann, dz. cyt., s. 170.

**SELEKTYWNA ELIMINACJA
JAKO INSTRUMENT ZWALCZANIA
TERRORYZMU MIĘDZYNARODOWEGO –
ELEMENTY EKONOMICZNEJ ANALIZY
MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA
HUMANITARNEGO**

**THE USE OF TARGETED KILLING AGAINST
INTERNATIONAL TERRORISM –
AN ECONOMIC ANALYSIS OF
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW**

Summary

Developing strategies designed to respond to international challenges with strong emotional connotations, political decision makers are bound to take into consideration numerous domestic and foreign factors. One of such challenges is international terrorism. On the one hand, the social sense of justice calls for repressions against individuals who unlawfully threaten to use or do use force. On the other, international law does not provide grounds for applying coercive measures against particular individuals or (terrorist) organizations perpetrating illicit acts, beyond restoring status *quo ante*.

In case of the most flagrant assaults on a state (e.g. acts of terrorism, aggression), both domestic and international law provide grounds for and set normative limits to defence measures available. Most importantly, in case of an armed conflict, international humanitarian law provides the framework for physical elimination of threat sources according to the proportionality principle. One shall also recognize, however, obligations stemming from international law. Although (domestic) penal law

is more prohibitive in terms of the use of coercion, it allows to pursue additional goals, including redress for breaches of justice (function of social justice).

Accordingly, in case of selective elimination of individuals involved in terrorist activities, the goal of such action is of utter importance. An attempt to attain more ambitious goals of domestic penal law with more flexible IHL toolkit not only raises legal concerns, but in a long term may have a negative impact on the efficiency of counter-terrorism measures.

The article first provides a legal analysis of the counter-terrorism normative framework and scrutinises the legal status of terrorists. Subsequently, the efficiency of counter-terrorism measures is discussed with a special distinction between active and passive reaction strategies.

key words: selective elimination, counter-terrorism, economic analysis of International Humanitarian Law

Wstęp – sankcje w prawie karnym i międzynarodowym

Potrzeba bezpieczeństwa należy do fundamentalnych potrzeb człowieka, a jednym ze sposobów jej zaspokojenia jest instytucjonalizacja możliwości korzystania z przymusu bezpośredniego, ustanowienie w tym zakresie – co do zasady – monopolu państwowego. Odpowiednio państwo, istniejące w celu realizacji interesów obywateli, posiada zatem szczególnie szeroki zakres kompetencji i silną legitymację do działania w sytuacji zamachu – co do zasady bezprawnego – na integralność fizyczną jednostki i społeczeństwa. Zakres dopuszczalności i legalne sposoby stosowania siły w celu ochrony życia i zdrowia poszczególnych jednostek przed bezpośrednim zagrożeniem są przede wszystkim przedmiotem regulacji krajowego prawa karnego. W przypadku zamachu na byt zbiorowości państwowej sposoby realizacji funkcji obronnej stanowią w szczególności przedmiot regulacji norm MPH.

Sprawcy bezprawnego zamachu na integralność fizyczną jednostki wymierzana jest przez państwo dolegliwość osobista na podstawie i w granicach prawa, w sposób humanitarny i celowy w postaci kary kryminalnej. Kara kryminalna jest środkiem penalizacji danego

postępowania. Do jej funkcji zalicza się funkcję ochronną i sprawiedliwościową (zaspokojenie społecznego poczucia sprawiedliwości). Stosowanie kar służy celom: sprawiedliwości, prewencji (szczególnej i ogólnej) oraz kompensacji¹. Celem kary jest zatem w szczególności utwierdzenie społeczeństwa w przekonaniu, że prawo karne jest egzekwowane, a przestępcy sprawiedliwie karani². Karę kryminalną między innymi wyróżnia charakter represyjny wobec sprawcy – jej istotą jest dolegliwość³. Teorie kary można zatem podzielić na absolutne, kładące nacisk na odpłatę, i utylitarne, akcentujące funkcjonalne cele jej realizacji⁴.

W przeciwieństwie do krajowych porządków prawnych społeczność międzynarodowa nie jest zorganizowana w sposób hierarchiczny ani nie występuje w ramach niej krąg podmiotów korzystających z monopolu stosowania środków przymusowych (istnieje możliwość delegacji uprawnienia do stosowania siły zbrojnej). W przypadku naruszenia norm prawnych, podobnie jak w prawie krajowym, na podmiocie odpowiedzialnym za naruszenie z mocy prawa spoczywa obowiązek zaprzestania naruszenia i przywrócenia stanu uprzedniego⁵. Obowiązek naprawienia szkody stanowi samodzielne źródło stosunku prawnego⁶.

Podmiot uprawniony z tytułu stosunku odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej może zastosować przymus celem realizacji należnych uprawnień (sankcje)⁷. W wąskim rozumieniu pojęcie sankcji międzynarodowych obejmuje środki kolektywne stosowane do realizacji obowiązków prawnych wynikających ze stosunku odpowiedzialności

¹ M. Królikowski, R. Zawłocki [red.], *Kodeks karny. Część Ogólna*, tom II, C. H. Beck, Warszawa 2011, par. 1–28.

² G. Rejman [red.], *Kodeks karny. Część Ogólna*, C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 840–841.

³ A. Marek, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2011, par. 331–339.

⁴ L. Gardocki, *Prawo karne* (wyd. 16), C. H. Beck, Warszawa 2010, par. 277–280.

⁵ International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001* (www.refworld.org/docid/3ddb8f804.html; dostęp: 24.04.2012); W Czapliński, *Skutki prawne nielegalnego użycia siły w stosunkach międzynarodowych*, Scholar, Warszawa 1993, s. 10–11.

⁶ L. Picchio Forlati, L. Sicilianos [red.], *Economic Sanctions in International Law / Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff, Hague 2004, s. 140–143.

⁷ H. de Fiumel, *Prawnomiędzynarodowa odpowiedzialność majątkowa państw*, Ossolineum, Wrocław 1979.

prawnomiędzynarodowej⁸. W szerokim rozumieniu pojęciem tym można określić środki przymuszające⁹ stosowane przez państwa lub organizacje międzynarodowe w reakcji na naruszenie partykularnych interesów lub prawa celem zmuszenia adresata takich działań do zmiany postępowania, wypełnienia zobowiązań pochodnych odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej, represji za dokonany delikt prawnomiędzynarodowy, zapobieżenia podobnym naruszeniom w przyszłości lub realizacji pewnej kombinacji owych celów¹⁰. O ile zatem w szerokim rozumieniu zakres celów realizowanych przy użyciu sankcji może w szczególnych sytuacjach obejmować represję, to z punktu widzenia legalności stosowania środków przymusowych w prawie międzynarodowym cel ten może być realizowany wyłącznie w zakresie, w jakim działania odwetowe są zgodne z prawem, albo w przypadku wyłączenia bezprawności działań stanowiących przymusową realizację odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej (represalia, środki odwetowe). Represja (cel sprawiedliwościowy) może mieć zatem co najwyżej charakter wtórny w stosunku do celu prewencyjnego i kompensacyjnego¹¹.

Odpowiednio, zarówno w krajowym porządku prawa karnego, jak i w prawie międzynarodowym, podmiot, który dopuścił się aktu bezprawia, obowiązany jest do jego naprawienia. Dla zapewnienia realizacji owego obowiązku, ale i dla moderowania żądy odwetu pokrzywdzonych, w prawie krajowym organy państwa niezainteresowane bezpośrednio samą istotą sporu wyposażono w uprawnienie stosowania siły. Celem zapobieżenia nadużyciom owych kompetencji

⁸ Tak: W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Scholar, Warszawa 2009, s. 83.

⁹ Środki przymuszające obejmują groźbę lub podjęcie kroków (środków przymusu) pociągających za sobą skutki, dla których odwrócenia podmiot będący celem tych środków powinien odstąpić od kontestowanych praktyk; L. Ehrlich, *Prawo Międzynarodowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958, s. 430. Powyższą systematykę przyjmuję za Ehrlichem, który jednak posługiwał się pojęciami środków przymusowych i środków przymusu.

¹⁰ M. Menkes, *Stosowanie sankcji gospodarczych – analiza prawnomiędzynarodowa*, Dom Wydawniczy Duet, Toruń 2011, s. 11, 27–29. Zob. także: M. Bennouna, *Les Sanctions Economiques des Nations Unies*, Académie de Droit International de la Haye, RCADI 300 (2002), s. 9–78; B. Carter, *International Economic Sanctions. Improving the Haphazard U.S. Legal Regime*, Cambridge University Press, New York 1989; K. Elliot, G. Hufbauer, B. Oegg, J. Schott, *Economic Sanctions Reconsidered*, wyd. 3, Peterson Institute, Danvers 2007.

¹¹ Zob. schemat oceny legalności stosowania sankcji (gospodarczych) w prawie międzynarodowym: M. Menkes, dz. cyt., s. 280–285.

intensywność dopuszczalnych działań państwa jest prawnie limitowana. W sytuacjach, w których państwo jest stroną sporu, zostaje ono wystawione na podobne pokusy arbitralnego przeszacowania dolegliwości doznanej krzywdy co jednostka w relacjach horyzontalnych. W braku obowiązkowej jurysdykcji niezależnego sądu kompetentnego do określenia wysokości adekwatnej represji (kary) za akt bezprawia państwa co do zasady zgodziły się na samoograniczenie swobody stosowania siły do działań niezbędnych do realizacji funkcji prewencyjnych i przywrócenia stanu uprzedniego.

Demokracje walczące „z jedną ręką skrępowaną za plecami” z terrorystami nierespektującymi owych podstawowych konwencji prawnych (społecznych), budzącymi tym samym społeczne oburzenie i żądę odwetu, wystawione są na szczególną próbę. Jednak ewentualna porażka – pogwałcenie fundamentalnych zasad stosowania siły – nie tylko stanowi zagrożenie dla samej demokracji¹², ale także może zniweczyć skuteczność działań antyterrorystycznych w dłuższym okresie.

1. Reżim prawny walki z terroryzmem międzynarodowym

Bez względu na ograniczenia stosowania siły przez organy państwowe w czasie pokoju, w czasie konfliktu zbrojnego państwa pozostają związane normami międzynarodowego prawa humanitarnego¹³. Normy MPH wiążą państwa w przypadku sporu lub sytuacji pomiędzy nimi, w wyniku których doszło do użycia sił zbrojnych, niezależnie od formalnej klasyfikacji sytuacji przez stronę konfliktu, czasu trwania i liczby ofiar¹⁴. W przypadku napaści zbrojnej państwu przysługuje prawo do indywidualnej lub kolektywnej samoobrony¹⁵.

W stosunku do aktorów niepaństwowych państwo korzysta z prawa do samoobrony, zgodnie z linią orzecznictwa MTS, jedynie w reakcji

¹² A. Barak, *Powszechna Deklaracja i walka z terrorem: z punktu widzenia sędziego*; www.rpo.gov.pl/pliki/12283913720.pdf (dostęp: 30.04.2012).

¹³ Konwencja genewska z 1949 r., art. 2 wspólny.

¹⁴ Konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (I Konwencja genewska), Genewa, 12.08.1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38 poz. 171, zał.), art. 2.

¹⁵ Karta Narodów Zjednoczonych, art. 51. Również: ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 26 November 1984, par. 51, 197.

na działania zbrojne o pewnym stopniu intensywności, które można przypisać państwu (*Nikaragua v. USA*, *Sprawa muru*, *Kongo v. Uganda*). Jednak ze względu na skalę współczesnych zagrożeń terrorystycznych część badaczy krytykując stanowisko MTS, opowiada się jednak za literalną interpretacją art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych (nieograniczającego prawa do samoobrony do zbrojnej napaści ze strony państwa)¹⁶, rozszerzeniem możliwości przypisywania odpowiedzialności międzynarodowej państwu, z terytorium którego działają terroryści¹⁷, lub uznaniem prawa do samoobrony przed terrorystami na terytorium państwa trzeciego zgodnie z założeniami doktryny konieczności¹⁸. Wreszcie część autorów dowodzi, że nawet w przypadku nieprzypisania odpowiedzialności za akt terrorystyczny państwu trzeciemu (to jest sprawującemu całkowitą lub efektywną kontrolę nad grupą terrorystyczną) możliwe jest realizowanie prawa do samoobrony jako wyjątku od zakazu ingerencji w sprawy wewnętrzne innych państw – art. 2 (4) KNZ – jeżeli to państwo 1) współprzyczyniło się lub pomagało w działalności terrorystycznej; 2) nie dołożyło należytej staranności w ochronie porządku prawnego na swoim terytorium; 3) mimo dołożenia należytej staranności było niezdolne do przeciwdziałania atakowi lub kolejnym atakom¹⁹.

W sytuacji konfliktu zbrojnego niemającego charakteru międzynarodowego państwa pozostają związane zasadami humanitarnego prowadzenia działań zbrojnych, określonymi *de minimis* w art. 3 wspólnym konwencji genewskich. Ponadto w sytuacji niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego między siłami zbrojnymi państwa a zorganizowanymi uzbrojonymi grupami, pozostającymi pod odpowiedzialnym dowództwem, sprawującymi kontrolę nad częścią

¹⁶ Tak: Vijay Padmanabhan, 15.06.2011 r., wystąpienie na seminarium „Humanitarian Law and Policy Forum”.

¹⁷ Ch. Tams, *The Use of Force against Terrorists*, „European Journal of International Law” 2009, 20 (2), s. 359–397. Tenże, *The Use of Force against Terrorists: A Rejoinder to Federico Sperotto and Kimberley N. Trapp*, „European Journal of International Law” 2009, 20 (4), s. 1057–1062.

¹⁸ K. Trapp, *The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams*, „European Journal of International Law” 2009, 20 (4), s. 1049–1055. Zob. także: F. Sperotto, *The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams*, „European Journal of International Law” 2009, 20 (4), s. 1043–1048.

¹⁹ M. Milanovic, *Self-Defense and Non-State Actors: Indeterminacy and the Jus ad Bellum*, „European Journal of International Law”, Analysis, February 21, 2010, www.bit.ly/Ikkard (dostęp: 30.04.2012).

terytorium umożliwiającą grupie prowadzenie „ciągłych i spójnych operacji wojskowych”, przestrzegającym norm zwyczajowych skodyfikowanych w II Protokole dodatkowym z 1977 r., państwa obowiązane są respektować zasady prowadzenia walki przewidziane w tymże Protokole²⁰.

Pojęcie niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego jest zatem ograniczone oddolnie jego intensywnością, a odgórnje progiem kwalifikacji sytuacji jako międzynarodowego konfliktu zbrojnego²¹. Poniżej progu intensywności państwo może prowadzić operacje policyjne celem zatrzymania i osądzenia bez zbędnej zwłoki osób podejrzanych o popełnienie czynów przestępnych. W sytuacji transgranicznej podobne działanie wymaga współpracy państw zainteresowanych. Pozbawienie podejrzanego życia może nastąpić jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Zatrzymanie pełni przy tym funkcję pomocniczą – umożliwiając przeprowadzenie postępowania sądowego – a nie stanowi celu samego w sobie (uniemożliwienia kombatantowi udziału w walce do czasu zakończenia konfliktu zbrojnego).

Wszelkie sytuacje konfliktu zbrojnego – to jest pewnej intensywności walk zorganizowanej grupy zbrojnej i sił państwowych zbrojnych – stanowią niemiędzynarodowy albo międzynarodowy konflikt zbrojny pomiędzy określonymi stronami. Nie istnieje zaś odrębna kategoria generalna wojny z terroryzmem²² w związku ze sporadycznymi atakami terrorystycznymi w różnych częściach

²⁰ Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z dnia 12.08.1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8.06.1977 r., art. 1.

²¹ *ICRC, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977. Commentary*, article 1, www.bit.ly/Ik6YJP (dostęp: 30.04.2012).

²² W tym kontekście należy podkreślić, że o ile początkowo administracja prezydenta Busha utrzymywała, iż w konsekwencji zamachów z 11 września USA znalazły się w stanie globalnej wojny z terroryzmem, w związku z powszechnym odrzuceniem owej koncepcji obecna sytuacja opisywana jest przez administrację amerykańską jako „konflikt zbrojny z Al-Kaidą, talibami i siłami stowarzyszonymi w ramach wykonywania naturalnego prawa do samoobrony”, *Obama Legal Adviser Koh Says US Drone Attacks Justified*, The ASIL 104th Annual Meeting, March 25, 2010, www.bit.ly/INUGVu (dostęp: 1.05.2012). Zob. również: E. Holder (U.S. Attorney-General), *Speech on Targeted Killings*, March 5, 2012, www.bit.ly/JkOBU8 (dostęp: 8.05.2012). Najpełniejszą artikulacją amerykańskiej doktryny selektywnej eliminacji było wystąpienie J. Brennana (Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism), *The Ethics and Efficacy of the President's Counterterrorism Strategy*, Washington, April 30, 2012, www.bit.ly/JkPo92 (dostęp: 1.09.2012).

świata²³. Zresztą do 2001 r. również administracja USA nie uważała wyłączenia operacji antyterrorystycznych z zakresu regulacji właściwych dla operacji policyjnych za celowe, a pierwsze postępowania sądowe przeciwko terrorystom wszczęte w związku z zamachami z 11 września nie zostały przeprowadzone – wbrew naciskom części polityków i opinii publicznej – przed trybunałami wojskowymi. Stany Zjednoczone w przeszłości potępiały także izraelskie praktyki selektywnej eliminacji na terytorium państw trzecich²⁴. W kontekście zastrzeżeń do I Protokołu dodatkowego z 1977 r. profesor O’Connell stwierdziła: „*It is the understanding of the United Kingdom that the term »armed conflict« of itself and in its context denotes a situation of a kind which is not constituted by the commission of ordinary crimes including acts of terrorism whether concerted or in isolation*”²⁵.

Zważywszy na terytorialny rozrzut przypadków selektywnej eliminacji dokonywanej przez USA w ramach tak zwanej wojny z terroryzmem, obejmującej Somalię, Jemen i Pakistan, należy wreszcie podkreślić, że działania zbrojne podejmowane w ramach konfliktu zbrojnego powinny być ograniczone do teatru działań wojennych, to jest obszaru ograniczonego zgodnie z zasadą proporcjonalności i konieczności wojskowej²⁶. Mimo że podgląd o terytorialnym ograniczeniu

²³ ILA, The Hague Conference Report (2010). Tak też: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the International Legal Obligations of Council of Europe Member States in Respect of Secret Detention Facilities and Inter-State Transport of Prisoners*, 17 March 2006, Op. no. 363/2005, CDL-AD (2006)009.

²⁴ Tak: były ambasador USA w Izraelu na temat izraelskiej polityki eliminacji terrorystów: „*The United States government is very clearly on the record as against targeted assassinations [...] They are extrajudicial killings, and we do not support that*”; J. Greenberg, *Israel Affirms Policy of Assassinating Militants*, „N.Y. Times”, July 5, 2001. Szeroko zob. M. O’Connell, *The Choice of Law Against Terrorism*, „Journal of National Security Law and Policy” 2010, vol. 4.

²⁵ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, United Kingdom, *Declaration 2 July 2002*, www.bit.ly/KiJjHh (dostęp: 4.05.2012). W podobnym tonie utrzymana jest również deklaracja francuska: „*Le gouvernement de la République française considère que le terme »conflits armés« [...] de lui-même et dans son contexte, indique une situation d’un genre qui ne comprend pas la commission de crimes ordinaires, y compris les actes de terrorisme, qu’ils soient collectifs ou isolés*”, France, *Declaration 11 Avril, 2001*, www.bit.ly/KiMA9D (dostęp: 04.05.2012).

²⁶ Szeroko: M. O’Connell, *Combatants and the Combat Zone*, „Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper”, no. 08–39 i przywołana tam literatura.

działań prowadzonych przeciwko międzynarodowemu terroryzmowi jest podważany za pomocą argumentu o obowiązku państw trzecich sprawowania efektywnej kontroli nad własnym terytorium jako warunku korzystania ze statusu terytorium neutralnego w konflikcie²⁷, to spójność owej argumentacji uwarunkowana jest przyjęciem koncepcji ogólnoświatowego konfliktu zbrojnego z terroryzmem. Gdyby zaś założyć, że konflikt z Al-Kaidą ma miejsce w Afganistanie, to o ile można by uznać terytorium pakistańskie za „obszar rozlewu konfliktu”, to atak dronów choćby w Jemenie mógłby zostać uzasadniony jedynie w razie bezpośredniej, zdalnej realizacji funkcji bojowych lub udziału w walce (na temat bezpośredniego uczestnictwa osób cywilnych w konflikcie zbrojnym zobacz poniżej).

2. Status prawny terrorystów

Podczas międzynarodowego konfliktu zbrojnego jednostki bądź to spełniają kryteria kombatanta, bądź też traktowane są jako osoby cywilne. Osoby należące do pierwszej kategorii mogą być wprawdzie pozbawione życia, zatrzymane bez orzeczenia sądowego oraz nie korzystają z innych uprawnień proceduralnych uznanych w czasie pokoju, jednak pod pewnymi warunkami korzystają z określonych uprawnień²⁸. W szczególności osoby *hors de combat* nie mogą zostać pozbawione życia. Osoby cywilne co do zasady nie mogą być celem ataków.

Ochrona przysługująca jednostkom w czasie konfliktu zbrojnego jest uwarunkowana respektowaniem norm MPH, a naruszenie jego postanowień wiąże się z utratą owych przywilejów. Dotyczy to między innymi osoby cywilnej w przypadku bezpośredniego uczestnictwa²⁹

²⁷ Tak: M. Schmitt, 15.06.2011 r., wystąpienie na seminarium „Humanitarian Law and Policy Forum”.

²⁸ Jak stwierdził sędzia MTS Ch. Greenwood: „*In the language of international law there is no basis for speaking of a war on [al Qaeda] or any other terrorist group, for such a group cannot be a belligerent, it is merely a band of criminals, and to treat it as anything else risks distorting the law while giving that group a status which to some implies a degree of legitimacy*”, Ch. Greenwood, *War, Terrorism and International Law*, 56 CURR. LEG., PROBS. 505, 529 (2004).

²⁹ Na temat pojęcia bezpośredniego uczestnictwa osób cywilnych w działaniach zbrojnych razem z kontrowersyjnym kryterium ciągłości realizacji funkcji bojowych (*continuous combat function*), którego przyjęcie spowodowało wycofanie się z prac

w działaniach zbrojnych przez czas trwania takiego uczestnictwa – art. 51 (3) PD I.

Jak stwierdził izraelski Sąd Najwyższy, nie istnieje trzecia kategoria: nielegalnych kombatanów, nieobjęta zakresem żadnych regulacji³⁰. Skoro członkom organizacji terrorystycznych nie przysługuje status kombatan³¹, to podlegają oni reżimowi właściwemu dla ludności cywilnej. Odpowiednio osoby biorące bezpośredni udział w działaniach zbrojnych (to jest w nich uczestniczące lub przygotowujące się do takich działań choćby w zakresie organizacji działań przestępczych; bezpośrednim udziałem nie jest wsparcie finansowe czy handlowe grup terrorystycznych) nie korzystają z ochrony na czas trwania procedury³². Ochrona ponownie zaczyna przysługiwać sobie cywilnej w momencie zaprzestania bezprawnego działania. Zarazem jednak działalność organizacji terrorystycznej obejmująca ciąg czynów bezprawnych wiąże się z utratą ochrony prawnej przez jej członków na cały czas przedsięwzięcia terrorystycznego. Ma to przeciwdziałać „praktyce drzwi obrotowych” – korzystaniu przez terrorystów z ochrony MPH w dogodnych momentach.

W czasie konfliktu zbrojnego o charakterze niemiedzynarodowym wprawdzie brak jest podstaw do formalnego wyróżnienia statusu kombatan³³, jednak na potrzeby stosowania zasady dyskryminacji członkowie państwowych sił zbrojnych będą traktowani tak samo jak w sytuacji konfliktu międzynarodowego, zaś jednostki biorące bezpośredni udział w działaniach zbrojnych tracą ochronę przysługującą osobom nienależącym do sił zbrojnych i nieprowadzącym takich działań – art. 13 (3) PD II. Status terrorystów w takim konflikcie jest zatem zbliżony do omówionego powyżej³³.

przygotowawczych przedstawicieli USA zob. ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 2009, www.bit.ly/IP7Oyi (dostęp: 7.05.2012).

³⁰ Supreme Court of Israel, HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel v. The Government of Israel*, streszczenie orzeczenia dostępne na stronie: www.bit.ly/IjqW3L (dostęp: 1.05.2012).

³¹ W szczególności organizacje terrorystyczne nie podlegają „systemowi wewnętrznej dyscypliny, który by zapewniał między innymi poszanowanie przepisów prawa międzynarodowego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych”, art. 43 (1) PD I. Szerzej: J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, Rule 3, s. 11–14.

³² Supreme Court of Israel..., dz. cyt.

³³ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, dz. cyt., Rule 6, s. 19–24.

Zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku stosowanie dopuszczalnych sposobów i metod walki może służyć jedynie realizacji celów wojskowych, to jest osiągnięciu korzyści przez stronę konfliktu zbrojnego – art. 52 (2) PD I. Nie oznacza to, że działania o charakterze przestępczym, takie jak akty terrorystyczne, nie podlegają karze w warunkach konfliktu zbrojnego, jednak w takim przypadku o winie i odpowiedzialności sprawcy oraz o wymiarze kary powinien orzec sąd.

W sytuacjach niespełniających kryteriów konfliktu zbrojnego, w szczególności wewnętrznych napięć i niepokojów, takich jak rozruchy, odosobnione i sporadyczne akty przemocy oraz inne działania podobnego rodzaju, które nie są uważane za konflikt zbrojny – art. 1 (2) PD II – państwa realizują funkcję ochrony porządku publicznego zgodnie z właściwym prawem krajowym oraz prawem międzynarodowym praw człowieka. Odpowiednio podejrzanym – uważanym za niewinnych do czasu przeprowadzenia przeciwnego dowodu – przysługuje co najmniej prawo do rzetelnego procesu, szybkiego postępowania, godnego traktowania, a w wielu jurysdykcjach krajowych prawnokarny katalog kar nie zawiera kary śmierci.

3. Efektywność polityki antyterrorystycznej

Na podstawie powyżej przytoczonych argumentów można co najmniej stwierdzić, że stan światowego konfliktu zbrojnego z terroryzmem lub próba zniesienia ograniczeń dla terytorialnego rozszerzenia teatru działań wojennych rodzą poważne wątpliwości prawne, a argumenty na rzecz całkowitego wyłączenia z zakresu ochrony prawnej pewnych kategorii osób i sytuacji (jak choćby nielegalnych kombatanów) powinny być bezwzględnie odrzucone. Ponieważ jednak prawo stanowi instrument realizacji polityki państwa, a nie cel sam w sobie, zarzuty prawne – w stosunku do których administracje zarówno prezydenta Busha, jak i prezydenta Obamy były zdolne przeciwstawić spójną linię argumentacyjną – nie przesądzą samoistnie o zmianie realizowanej strategii. W tej sytuacji na pogłębioną refleksję zasługuje kwestia relacji między legalnością a skutecznością stosowanych metod.

Organizacje terrorystyczne, podobnie jak jednostki i wszelkie inne organizacje, dysponują pewnym zasobem kapitału materialnego

i ludzkiego na realizację wyznaczonych celów. Skuteczność działań terrorystycznych jest pochodną efektywności wykorzystania owych zasobów. Strategie ochrony przed takimi działaniami można podzielić na reakcje aktywne lub pasywne, zależnie od tego, czy zmierzają one do ograniczenia zasobów, a zatem do zmniejszenia zdolności operacyjnej organizacji terrorystycznej, czy też poprzez podniesienie poziomu zabezpieczeń podnoszą koszt lub zmniejszają prawdopodobieństwo powodzenia operacji terrorystycznych.

Pamiętać zarazem należy, że działalność terrorystyczna jest nie tylko kosztem organizacji, ale także warunkiem pozyskiwania przychodów. Sponsorzy terroryzmu – państwa, aktorzy niepaństwowi jak i zwykli ludzie (podatki na rzecz organizacji terrorystycznych) – rzeczywiście finansują organizacje prowadzące taką działalność. Zatem oszczędności w zakresie podstawowej działalności, jaką przynajmniej w sferze deklaracji jest działalność terrorystyczna, ograniczają wpływy. Również dostęp do innych (niż bezpośrednie transfery finansowe) środków wsparcia, takich jak ułatwienia funkcjonowania na terytorium państw wspierających terrorystów, uwarunkowany jest aktywnością terrorystyczną (wsparcie nie jest bowiem formą renty za przeszłe zasługi).

Wreszcie relacja między terrorystą a wspierającym nie jest statyczna. Doświadczenia pokazują, że sponsorzy są znacznie częściej skłonni zaprzestać wspierania byłych terrorystów niż aktywnych terrorystów; we wsparciu terrorystów współwystępuje wspólnota celów i akceptacja stosowanych metod działania z obawą przed znalezieniem się na liście ich celów.

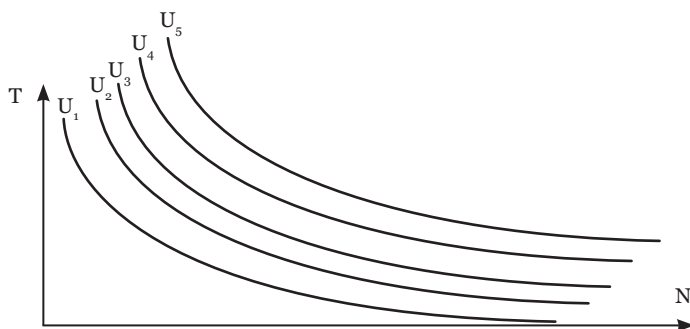
Ochrona aktywna

Obok konieczności finansowania realizacji celów terrorystycznych organizacja terrorystyczna, tak jak każda inna grupa, ponosi również zwykłe koszty funkcjonowania, a w niektórych przypadkach także koszty nieterrorystycznego działania na rzecz realizacji własnego programu politycznego. Oznacza to, że w ramach określonego budżetu jest ona zdolna zrealizować daną liczbę działań terrorystycznych i nieterrorystycznych.

Ponieważ istnienie grupy podporządkowane jest realizacji określonych postulatów, co w krótkim okresie wymaga realizacji celów częściowych (jak choćby rozwiązania kwestii logistyczno-zaopatrzeniowych), zgodnie z teorią racjonalnego wyboru możliwe jest uporządkowanie preferencji terrorystów³⁴. Na tej podstawie możliwe jest wprowadzenie funkcji użyteczności $f(u)$ opisującej użyteczność każdego działania poprzez stopień przyczynienia się do realizacji celów terrorystycznych (T) i nieterrorystycznych (N).

$$u=u(T,N)$$

Wszystkie kombinacje działań T i N dające grupie terrorystycznej ten sam poziom użyteczności można zilustrować za pomocą krzywej obojętności U. Wyższe krzywe obojętności (U_4 , U_5) ilustrują działania o wyższej użyteczności dla terrorystów, a niższe (U_1 , U_2) działania o mniejszej użyteczności.

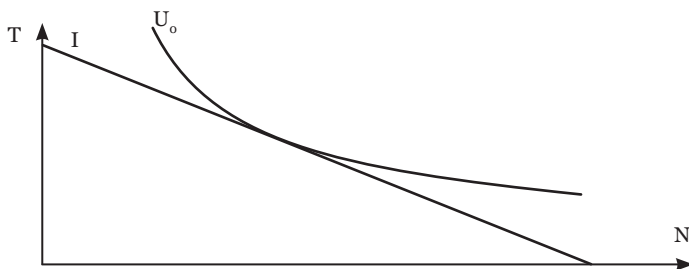


Ponieważ budżet organizacji terrorystycznej jest ograniczony, możliwe jest wyznaczenie maksymalnej liczby celów terrorystycznych i nieterrorystycznych, które organizacja może zrealizować (linia ograniczeń budżetowych I).

Odpowiednio celem organizacji terrorystycznej jest osiągnięcie najwyższej krzywej użyteczności (U_0) przy danym budżecie (I)³⁵. Im większymi zasobami organizacja dysponuje, tym więcej celów będzie zdolna zrealizować.

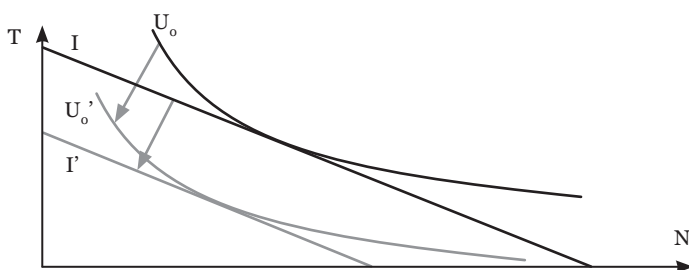
³⁴ Przy założeniu racjonalności zachowań terrorystów.

³⁵ Szerzej: R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 25–29.

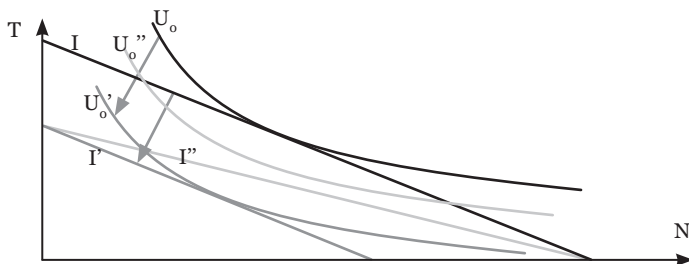


Kosztem dla organizacji terrorystycznej będą zarówno wydatki na prowadzenie działalności (konstrukcja ładunków wybuchowych), jak i ponoszone straty (utrata zamachowców-samobójców, przywódców). Korzyści oznaczają realizację poszczególnych celów, w tym zmuszenie strony rządowej do wycofania się z konfrontacji.

W przypadku aktywnych działań antyterrorystycznych obniżona zostaje linia ograniczeń budżetowych ($I \rightarrow I'$), skutkiem czego obniżona zostaje również krzywa obojętności ($U_0 \rightarrow U_0'$).



Warunkiem skuteczności takiej strategii jest równoczesne pozabawienie organizacji terrorystycznej zasobów T i N. W innym przypadku linia ograniczeń budżetowych I zamiast się obniżyć, zmieni kąt nachylenia ($I \rightarrow I''$), co doprowadzi do zmiany preferencji terrorystów ($U_0 \rightarrow U_0''$).



W wyniku substytucji jeden typ działań zostałby wówczas zastąpiony przez inny. Na przykład w przypadku ograniczenia zdolności bojowych terrorystów (T) działalność N stanie się tańsza, a zatem ulegnie intensyfikacji (na przykład zamiast przeprowadzenia zamachów bombowych terroryści zaangażują się w działalność przestępczą celem zwiększenia dochodów grupy)³⁶.

Ochrona pasywna

Alternatywnie państwa skonfrontowane z zagrożeniem terrorystycznym mogą przedsięwziąć środki bezpieczeństwa, podnosząc w ten sposób koszt ewentualnego ataku lub zmniejszając prawdopodobieństwo jego powodzenia. W sytuacji walki z organizacją działającą w skali globalnej (rzekomo taką jest Al-Kaida) niezbędna staje się współpraca wszystkich państw zagrożonych; im większa liczba państw wspiera takie działania, tym system bezpieczeństwa staje się szczelniejszy (na przykład w zakresie transferów finansowych, ochrony wspólnych granic, kontroli obrotu towarami o podwójnym zastosowaniu³⁷).

Podobnie jak organizacje terrorystyczne, również państwa dysponują ograniczonymi zasobami, które mogą przeznaczyć na walkę z terroryzmem. Ponieważ skuteczność polityk realizowanych przez decydentów politycznych poddawana jest w państwach demokratycznych kontroli wyborczej, politycy zainteresowani są zaspokojeniem potrzeb społecznych – w tym potrzeby bezpieczeństwa – przy możliwie najniższych nakładach, co może pozostawać w sprzeczności z potrzebami międzynarodowej współpracy.

Odpowiednio rząd analizując korzyści i koszty współfinansowania walki z terroryzmem, może stwierdzić, że większe korzyści odnosi, nie partycypując w wydatkach ponoszonych przez innych (znana

³⁶ D. Tridico, *On The Effectiveness of Counter-Terrorism Measures. A Political Economy Perspective*, Department of Economics, University of Zurich, August 25, 2011. Także: B. Frey, S. Luechinger, *How to Fight Terrorism: Alternatives to Deterrence*, Zurich IEER Working Paper No. 137, November 19, 2002.

³⁷ Na temat reglamentacji obrotu bronią w handlu międzynarodowym zob. M. Menkes, *Prawne ograniczenia w eksporcie broni z Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych*, „Sprawy Międzynarodowe” 2010, nr 4.

z teorii gier tak zwana gra w tchórza – niekooperacyjna gra o sumie niezerowej)³⁸.

	Państwo B nie partycypuje finansowo	Państwo B partycypuje finansowo
Państwo A nie partycypuje finansowo	1,1	4,2
Państwo A partycypuje finansowo	2,4	3,3

W sytuacji przedstawionej w tabeli wypłata państwa niepartycypującego w kosztach wspólnej obrony, za którą płaci państwo B, wynosi 4; zaś gdyby państwo A kontrybuowało w wydatkach obronnych, jego korzyść uległaby obniżeniu do 3. Zatem przyjmując wybór państwa B za ustalony (płaci), optymalną strategią dla państwa A jest niepłacenie. Natomiast gdyby państwo B nie płaciło, państwo A musiałoby ponieść koszty samodzielnie. Odpowiednio mamy dwie sytuacje, w których żadnej ze stron nie opłaca się samodzielnie odstępować od obranej strategii, o ile druga strona nie zmodyfikuje własnej (punkty równowagi Nasha). Największe korzyści państwo osiągnie w sytuacji sfinansowania systemu obrony przez sojuszników; drugim rozwiązaniem jest rozłożenie kosztów na oba rządy. Zaś zarówno w klasycznej grze w tchórza (dwóch pędzących na siebie samochodów na drodze szerokości jednego auta), jak i w walce z terroryzmem najtragiczniejszy rezultat zostanie osiągnięty w przypadku obrania przez obu graczy strategii konfrontacyjnych, prowadzących do śmierci kierowców czy obywateli. Ponieważ w interesie państw leży skuteczna ochrona przed terroryzmem, poszczególne strategie będą przyjmowane między innymi w zależności od zachowania partnera (brak strategii dominującej).

Ponieważ jednak w sytuacji globalnej wojny z organizacją terrorystyczną zagrożona jest znaczna liczba państw, dany rząd uznając za nieprawdopodobny wybór strategii konfrontacyjnej przez wszystkich, może być zainteresowany „jazdą na gape”, to jest korzystaniem

³⁸ D. Tridico, dz. cyt. Także: Ch. Anderton, J. Carter, *Applying Intermediate Microeconomics to Terrorism*, „Journal of Economic Education” 37 (2006). Ogólnie na temat teorii gier zob. R. Cooter, T. Ulen, dz. cyt., s. 43–47.

z podniesionego bezpieczeństwa bez ponoszenia odpowiedniej części kosztów³⁹.

liczba państw płacących (poza A)	0	1	2	3	4
A nie płaci	0	4	8	12	16
A płaci	-2	2	6	10	14

Skoro podniesienie kosztów działalności terrorystycznej (lub utrudnienie takich działań) podnosi wspólne bezpieczeństwo, zatem państwo A może stwierdzić, że jego wypłata jest zawsze wyższa w przypadku braku partycypacji finansowej w koalicji antyterrorystycznej. Tym samym może przyjąć stałą strategię (strategię dominującą), niezależnie od zachowania pozostałych graczy. W skrajnym przypadku przyjęcia tożsamego toku rozumowania przez wszystkie państwa działalność terrorystów nie ulega dodatkowemu ograniczeniu.

W sytuacji multilateralnej koalicji antyterrorystycznej pojawić się jednak może szczególnie problem przy tak zwanych grach koordynacyjnych, gdy brak współpracy jednego państwa może zniweczyć działania pozostałych. Dotyczy to choćby zakazu sprzedaży określonych technologii lub zamrożenia aktywów finansowych terrorystów. Wariantem owego problemu jest również tak zwane najsłabsze ogniwo – bezpieczeństwo całego systemu jest równe poziomowi zabezpieczeń jego najsłabszego punktu.

	B pasywne	B rozwija system bezpieczeństwa
A pasywne	0,0	-6,0
A rozwija system bezpieczeństwa	-6,0	2,2

W takim przypadku współpraca (lub zgodny brak działania) jest niezbędna dla maksymalizacji użyteczności wszystkich państw

³⁹ Ogólnie na temat efektów zewnętrznych i „jazdy na gapę” zob. R. Cooter, T. Ulen, dz. cyt., s. 48–53. Szerzej: W. Enders, T. Sandler, *The Political Economy of Terrorism*, Cambridge University Press, New York 2006.

koalicji, zaś działanie jednostronne wiąże się z kosztami bez jakichkolwiek pochodnych temu korzyści.

4. Wybór reżimu prawnego operacji antyterrorystycznych

Sankcje prawnomiędzynarodowe służą przede wszystkim ukróceniu bezprawia i przywróceniu stanu uprzedniego. Sankcje karne mogą dodatkowo umożliwić realizację funkcji sprawiedliwościowej. Operacyjne reżimy: policyjny i wojskowy, umożliwiają odpowiednio realizację celu egzekwowania prawa oraz eliminacji źródeł zagrożenia bezpieczeństwa narodowego.

Punktem wyjścia analizy dopuszczalności selektywnej eliminacji w danym przypadku powinien być zatem cel działania. W przypadku Al-Kaidy, która rzekomo ma być globalną superorganizacją terrorystyczną, istnieją silne podstawy do stwierdzenia, że obraz taki powstał w wyniku instrumentalnej interpretacji serii zdarzeń, dokonanej przede wszystkim przez neokonserwatywnych polityków celem konsolidacji społecznej w walce ze wspólnym zagrożeniem, które wypełniło pozimnowojenną próżnię ideologiczną⁴⁰. Gdyby jednak nawet odrzucić ową skrajną wizję, jako teorię spiskową, należy nadal mieć na względzie charakter organizacyjny struktur terrorystycznych. Są one konglomeratem zatomizowanych grup, z których część może funkcjonować pod jednym kierownictwem⁴¹. Po pierwsze, jednak różne organizacje terrorystyczne udzielają sobie wzajemnie pomocy; po drugie, poszczególne organizacje nie tworzą sformalizowanej, jednolitej struktury. Przy dodatkowym uwzględnieniu czynnika niedostatecznego rozpoznania wywiadowczego, uniemożliwiającego jednoczesną identyfikację i eliminację wszystkich członków Al-Kaidy, doraźne rozwiązanie problemu w drodze operacji wojskowej (eliminacji) jest niemożliwe, o czym najdobitniej świadczą walki toczone w minionej dekadzie.

Jeśli nie będziemy się zatem wdawać w ocenę skali zagrożenia ze strony Al-Kaidy i sił stowarzyszonych, uzasadniony wyda nam się

⁴⁰ A. Curtis (reż.), *The Power of Nightmares*, BBC Two, 20.10–3.11.2004.

⁴¹ G. Luft, *The Logic of Israel's Targeted Killing*, „Middle East Quarterly” 2003, s. 3–13.

wniosek, że niebezpieczeństwo ma charakter bezpostaciowy. Jeżeli tak, to nie tylko operacje o charakterze wojskowym, w szczególności fizyczna eliminacja i przetrzymywanie osób bez procesu, stanowią przejaw omówionych powyżej, nieracjonalnych, aktywnych działań antyterrorystycznych, które prowadzą do przesunięcia krzywej obojętności terrorystów i budzą wrogość społeczności lokalnych, ponoszących przy okazji operacji wysokie straty⁴². Z kolei niechęć społeczności lokalnych negatywnie wpływa na skuteczność działań antyterrorystycznych, a same operacje mogą skłonić organizację terrorystyczną do podjęcia prób odwetu.

Jeżeli zagrożenie nie zostało całkowicie wyeliminowane, a ryzyko odwetu potencjalnie wzrosło, przyczyniając się do eskalacji konfliktu, niezbędne jest rozwinięcie pasywnego potencjału obronnego, co wymaga szerokiej współpracy międzynarodowej. Tutaj kwestia rozbieżnych opinii prawnych państw dotyczących legalności selektywnej eliminacji ma zasadniczo większe znaczenie. Krytyczne nastawienie może bowiem przesądzić o odmowie współpracy. Szczególnym komplikacjom mogą ulec relacje z państwem, na którego terytorium przeprowadzono taką operację bez jego zgody.

Skoro taktyka selektywnej eliminacji nie umożliwia realizacji ani celów wojskowych, ani celów sankcji prawnomiędzynarodowych, a główną konsekwencją jest ryzyko prawne oraz zmniejszenie potencjału obronnego (reakcji pasywnych), wiele przemawia za opowiedzeniem się za prowadzeniem w podobnej sytuacji operacji o charakterze policyjnym.

Z perspektywy euroatlantyckiej na problem warto także spojrzeć szerzej. Prawa człowieka uznawane są w naszym kręgu kulturowym za niezbywalne i uniwersalne, pochodne naturze ludzkiej. Wizję taką usiłujemy narzucić światu⁴³, mimo że nie jest ona uniwersalna. Źródłem

⁴² Zob. np. D. Kilcullen, A. McDonald Exum, *Death From Above, Outrage Down Below*, „N.Y. Times”, May 16, 2009; także: S. Shane, E. Schmitt, *C.I.A. Deaths Prompt Surge in U.S. Drone Strikes*, „N.Y. Times”, January 22, 2010.

⁴³ Wystarczy zauważyć, że w różnych umowach o współpracy gospodarczej zawieranych przez UE czy w unijnym systemie preferencji handlowych (w ramach *Preferential Trade Agreements*) dość powszechnie włączane są klauzule uzależniające współpracę od respektowania fundamentalnych praw człowieka i zasad rządów prawa. Ochrona rządów prawa jest również istotą dwustronnych porozumień o ochronie i popieraniu inwestycji (na temat generacji BIT-ów zob. R. Sloane, W. Reisman, *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, „British Yearbook of International Law” 2004, vol. 75. Wreszcie nienaruszalność fundamentalnych norm

legitymacji euroatlantyckiej działalności na rzecz praw człowieka powinien być ich charakter prawnonaturalny i „czyste ręce” podczas działania w słusznej sprawie. Odstąpienie od podstawowych zasad dla potrzeb wątpliwego – militarnie i prawnie – interesu doraźnego podważa wiarygodność owych postulatów⁴⁴.

prawa człowieka legła u podstaw koncepcji *Responsibility to Protect* (R2P), umożliwiającej przełamanie zasadniczej dla prawa międzynarodowego zasady nieingerencji w spawy wewnętrzne państw.

⁴⁴ Można choćby zauważyć, jak posługiwanie się dronami do eliminacji osób związanych z międzynarodowym terroryzmem podważyło wiarygodność laureata pokojowej nagrody Nobla, prezydenta Obamy; P. Bergen, *Warrior in Chief*, „N.Y. Times”, April 28, 2012.

**BEZZAŁOGOWE APARATY LATAJĄCE
NA POLU WALKI –
NOWE WYZWANIE DLA PRAWA
WOJENNEGO CZY POWTÓRKA
Z HISTORII?**

**UNMANNED AERIAL VEHICLES
ON BATTLEFIELDS – A NEW CHALLENGE
FOR MILITARY LAW
OR AN OLD STORY BACK AGAIN?**

Summary

Throughout the history of military force development, a technical means of warfare has been supposed to ensure an increased capacity of combat forces and gain edge over opponents in all aspects of war. The process of equipping military forces with more and more reliable weapons, complete with doctrinal and organisational changes are currently called 'The Revolution in Military Affairs' (RMA). Alongside the development of aircraft equipment and the introduction of new doctrines, efforts have recently been focused on creating the unmanned aerial vehicle (UAV). The vehicle's technical qualities have made it a perfect tool for either side of an asymmetric conflict in terms of selective elimination of one's opponent. However, the disadvantage of UAVs is the fact that they often claim lives of civilians who happen to be in places under attack. Such accidents result in protests from commentators worldwide, as well as suggestions to legally prohibit the use of UAVs. In the past, numerous, more or less successful, attempts were made with a view to limiting the scope of resources available for harming opponents, air force included. Now, in the age of dynamic changes in the character of military conflicts, international humanitarian law faces a new challenge which consists in shaping the scope of military use of UAVs. Taking into account the historical achievements of IHL, the article aims to address the question whether it

is better to introduce new legal regulations related to employing unmanned aerial vehicles in air force operations or adapt current regulations to the needs of modern warfare.

key words: Unmanned Aerial Vehicle (UAV), international humanitarian law

*Żołnierze ponoszą prawną odpowiedzialność
za swe działania i byłoby dobrze,
aby ludzie, którzy wysłali ich do akcji,
sprawdzili, czy ich podwładni zrozumieli dokładnie prawo
i wynikające z niego konsekwencje¹.
Rupert Smith*

Wstęp

Walka zbrojna współtworzy historię świata już od zarania jego dziejów. Przez tysiące lat sposoby prowadzenia wojen ewoluowały w kierunku doskonalenia umiejętności walki, która uzyskała miano sztuki wojennej. Zawsze celem walki było pokonanie przeciwnika i narzucenie mu swojej woli, do czego wojujące strony starały się wykorzystać umiejętności taktyczne. Drugim czynnikiem mającym bezpośrednie przełożenie na wzrost skuteczności prowadzonych wojen był rozwój technicznych środków walki, które wraz z umiejętnościami taktycznymi miały umożliwić osiągnięcie przewagi nad przeciwnikiem w czasie działań zbrojnych².

Przewaga stanowi czynnik warunkujący pokonanie przeciwnika, przy czym niejednokrotnie sam fakt jej posiadania mógł się przyczynić do zniechęcenia przeciwnika do podjęcia walki. Obserwując rozwój techniki wojskowej, można zaobserwować tendencję, że w celu osiągnięcia przewagi nad przeciwnikiem oraz uzyskania efektu zaskoczenia

¹ R. Smith, *Przydatność siły militarnej – sztuka wojenna we współczesnym świecie*, PISM, Warszawa 2010, s. 452.

² Zob. K. Nożko, *Sztuka tworzenia przewagi w systemie obronnym RP*, Bellona, Warszawa 1994, s. 104.

oczekiwania dowódców kierowały się w stronę konstruowania środków walki umożliwiających uderzenie z jak największej odległości, z jak największą precyzją i w jak najkrótszym czasie. Współcześnie rolę tę zaczynają odgrywać bezzałogowe aparaty latające (BAL). Ich wadą jest jednak to, że często ich ofiarami są osoby cywilne, co może stanowić naruszenie prawa wojennego.

1. Obszary badawcze dotyczące użycia bezzałogowych aparatów latających

Podjmując próbę oceny stosowania bezzałogowych aparatów latających w zakresie zgodności z międzynarodowym prawem humanitarnym, należy uwzględnić czynniki, które mają wpływ na ich powszechne stosowanie we współczesnych konfliktach zbrojnych. Obszary badawcze dotyczące użycia BAL koncentrują się wokół trzech grup problemów, jakimi są:

- rewolucja w sprawach wojskowych;
- asymetryczny charakter współczesnych konfliktów zbrojnych;
- sylwetka osobowa operatora BAL.

Rewolucja w sprawach wojskowych

Rewolucją w sprawach wojskowych (*Revolution in Military Affairs*, RMA) przyjęto określać zmiany organizacyjne, strukturalne i techniczne wprowadzane w siłach zbrojnych na przestrzeni wieków. Przybliżając pojęcie RMA, należy wskazać, że jest to złożony proces, w którym możemy wyróżnić trzy poziomy rewolucji³:

- technologiczny – integrujący osiągnięcia techniki i informatyki;
- doktrynalny i operacyjny – wprowadzający nowe sposoby walki;
- organizacyjny – polegający na wprowadzaniu zmian w sferze stosunków cywilno-wojskowych (*Revolution in Business Affairs*).

³ Więcej: B. Balcerowicz, *Terminologia wojny*, „Myśl Wojskowa” 2003, nr 5, s. 133.

Rozważając rolę technologii wojskowych w procesie RMA, należy zauważyć, że polega ona głównie na prowadzeniu badań nad rozwojem techniki w celu kompensowania niedoboru w zakresie liczebności wojsk i uzyskania dominacji we wszystkich wymiarach walki. Dotychczasowe przemiany w ramach RMA uwiaryczniały się poprzez skokową zmianę jakości, metod i środków walki zbrojnej, którymi między innymi były zmiana ugrupowania bojowego lub zastosowanie nowego rodzaju uzbrojenia. W całym katalogu zdarzeń wymienianych w ramach RMA znaczące miejsce zajmują zmiany w wyposażeniu technicznym wojsk, wśród których należy wymienić:

- zastosowanie stali do wykonywania oręza i uzbrojenia ochronnego;
- wprowadzenie artylerii;
- zastosowanie broni strzeleckiej z lufami gwintowanymi;
- opracowanie i urzeczywistnienie koncepcji czołgu oraz opracowanie wozów bojowych dla wojsk zmechanizowanych;
- zastosowanie lotnictwa.

Należy zaznaczyć, że każdy z etapów rewolucji w sprawach wojskowych stanowił odpowiedź na istniejące dotychczasowe rodzaje uzbrojenia i przez pewien czas był skutecznym antidotum na istniejące środki walki. Trzeba jednak pamiętać, że wymienione czynniki dawały krótkotrwałą przewagę jakościową, gdyż po pewnym czasie przeciwnik również był w stanie uzyskać nowy rodzaj uzbrojenia albo zastosować równie skuteczny środek walki.

Na każdym etapie RMA wprowadzanie nowego rodzaju uzbrojenia dawało wymierne korzyści wojenne⁴. Zastosowanie uzbrojenia ze stali zwiększyło skuteczność działania broni siecznej, jak również poprawiło odporność pancerza na zadawane ciosy, a tym samym podwyższyło poziom ochrony żołnierza. Umiejętność obróbki metali przyczyniła się do stworzenia artylerii, która znacząco zwiększyła zdolność rażenia oraz umożliwiła zwiększenie dystansu oddziaływania ogniowego na przeciwnika. Tym samym zapewniła ona ochronę własnych wojsk przed bronią strzelecką.

Wprowadzenie do uzbrojenia luf gwintowanych poprawiło celność broni strzeleckiej, a tym samym skuteczność oddziaływania

⁴ Zob. Ł. Przybyło, *Rewolucja w sprawach wojskowych*, „Kwartalnik Bellona” 2008, nr 2.

ogniowego na przeciwnika. Z kolei użycie czołgów na polu było odpowiedzią na silny i celny ogień broni piechoty, a zwłaszcza karabinów maszynowych i brak możliwości pokonania doskonale ufortyfikowanego i bronionego przez przeciwnika terenu. Czołgi umożliwiły zwiększenie mobilności wojsk poprzez wyprowadzenie piechoty z okopów i stanowiły jej bezpośrednie wsparcie w walce, co było rozwiązaniem niezbędnym do przerwania okresu stagnacji w walkach pozycyjnych na froncie zachodnim podczas I wojny światowej. Podobny wpływ na tempo działań bojowych miało wprowadzenie transporterów opancerzonych i wozów bojowych piechoty podczas II wojny światowej.

Niezwykle ważnym etapem RMA było przeniesienie walki w przestrzeń powietrzną. Początkowo były to balony przeznaczone do prowadzenia rozpoznania oraz do rzucania z nich granatów i środków wybuchających.

Kolejnym etapem wykorzystania przestrzeni powietrznej do celów militarnych było zastosowanie samolotu, najpierw do zadań rozpoznawczych, a następnie do prowadzenia działań bojowych. Lotnictwo od chwili swojego powstania przeszło głęboką przemianę i obecnie posiada wyspecjalizowane statki powietrzne do walki myśliwskiej, wspierania wojsk lądowych, prowadzenia rozpoznania i wykonywania precyzyjnych uderzeń bombami i raketami o dużej sile rażenia i różnorodnym przeznaczeniu.

Rozwój technologii informatycznych, połączenie mechaniki i elektroniki zaowocowały powstaniem nowych środków walki, jakimi są roboty bojowe. Roboty pola walki mogą wykonywać zadania w strefach, w których teren walki odznacza się toksycznością w wyniku użycia broni masowego rażenia lub uwolnienia toksycznych środków przemysłowych. Znaczenie technologii wzrasta, gdy siły zbrojne tworzą dobrze wyszkoleni żołnierze zawodowi. W tej sytuacji, chociaż brzmi to brutalnie, strata żołnierza podwyższa koszty prowadzenia wojen⁵.

Wraz z rozwojem informatyki, inżynierii materiałowej i stworzeniem nowoczesnych technologii lotniczych oraz przyjęciem nowych doktryn militarnych podjęto w ostatnich latach skuteczne próby opracowania bezzałogowych aparatów latających (BAL), powszechnie nazywanych dronami (ang. *drone* – „truteń”).

Bezzałogowe aparaty latające stanowią specjalistyczną grupę robotów bojowych. Ideą zastosowania ich do zadań militarnych jest

⁵ Zob. A. Toffler, H. Toffler, *Wojna i antywojna*, Wyd. Kurpisz, Poznań 2006. s. 126.

zmniejszenie albo wręcz likwidacja zagrożenia życia i zdrowia pilotów poprzez zastąpienie człowieka maszyną, która jest zdolna do wykonania zadania bojowego (aparaty autonomiczne), lub zastosowanie zdalnego sterowania robotem (aparaty nieautonomiczne). Bezzałogowe aparaty latające, które stanowią nową jakość w działaniach militarnych, podobnie jak ich poprzednicy (balony i samoloty), początkowo pełniły rolę rozpoznawczą⁶, a z czasem stały się maszynami wykonującymi zadania bojowe.

Wraz z rozwojem rozpoznawczych urządzeń optoelektronicznych, udoskonaleniem urządzeń celowniczych i wprowadzeniem rakietowych pocisków kierowanych zaczęto używać dronów do zadań bojowych wymagających precyzyjnego atakowania celu, określanych często mianem uderzeń chirurgicznych. Ich zaletami są możliwość działania w oddaleniu od wojsk własnych i wielogodzinne przebywanie w powietrzu, duża precyzja rażenia, która umożliwia selektywną eliminację celu, i co najważniejsze, brak zagrożenia dla życia pilota⁷.

Wszystkie wymienione składniki RMA miały jeden zasadniczy cel – uzyskanie dominacji nad przeciwnikiem. Z tego właśnie powodu w ostatnich czasach bezzałogowym aparatom latającym wyznaczono do wypełniania szczególną rolę podczas konfliktów asymetrycznych.

Bezzałogowy aparat latający jako produkt rewolucji w sprawach wojskowych – definicja, możliwości bojowe, zalety i wady

Obecnie bezzałogowe aparaty latające można uznać za najdoskonalszy produkt RMA, który określa się jako „silnikowy statek powietrzny bez pilota, wykorzystujący siłę aerodynamiczną do przemieszczania się w przestrzeni powietrznej, który może wykonywać lot samodzielnie (w sposób autonomiczny) albo być zdalnie kierowany, a po zakończeniu zadania można go odzyskać albo utracić, i który może być uzbrojony w broń śmiertelności lub nieśmiertelności”⁸.

⁶ Tamże, s. 128.

⁷ Zob. K. Jurek, *Bezzałogowe statki powietrzne w działaniach morskich*, „Kwartalnik Bellona” 2010, nr 4.

⁸ Por. „a powered, aerial vehicle that does not carry a human operator, uses aerodynamic forces to provide vehicle lift, can fly by itself (autonomously) or be remotely piloted, can be expendable or recoverable at the end of flight, and can carry a lethal or nonlethal payload”; *Policy Options for Unmanned Aircraft Systems*, The Congress of the United States Congressional Budget Office, June 2011, s. 45.

Ze względu na swoją uniwersalność bezzałogowe aparaty latające mogą wykonywać następujące zadania bojowe⁹:

- prowadzenie rozpoznania;
- wykonywanie zadań bojowych wymagających precyzyjnego atakowania celu;
- udział w operacjach ratowniczych;
- mapowanie terenu;
- wykrywanie i niszczenie niewybuchów bomb;
- wykrywanie i niszczenie utraconych BAL;
- wykrywanie broni masowego rażenia;
- wsparcie ogniowe walczących wojsk;
- walka psychologiczna.

Z punktu widzenia zastosowań wojskowych dron posiada wiele cech, które czynią go urządzeniem spełniającym rolę narzędzia przeznaczonego do selektywnej eliminacji przeciwnika. O jego walorach decyduje cicha praca silników, możliwość operowania na znacznych wysokościach oraz długi czas przebywania w powietrzu, znacznie dłuższy niż ten, który wynika z ograniczeń technicznych samolotu bojowego i psychofizycznych pilota. Nie bez znaczenia są też czynniki ekonomiczne, które obniżają koszt wyprodukowania i eksploatacji bezzałogowego statku powietrznego. Należy do nich brak konieczności wyposażania BAL w instalację tlenową dla pilota, katapultę i pozostałe urządzenia umożliwiające funkcjonowanie organizmu człowieka podczas lotu¹⁰.

Kolejną zaletą jest wyposażenie BAL w różnorodny sprzęt optyczny rozpoznawczy działający nie tylko w zakresie światła widzialnego, ale również podczerwieni i fal radiowych¹¹. Środki rozpoznania i znajdujące się na pokładzie uzbrojenie czynią z dronów powietrzne platformy bojowe umożliwiające prowadzenie długotrwałego rozpoznania i precyzyjne zwalczanie przeciwnika, pozwalające pozostawać poza zasięgiem oddziaływania powstańców (rebeliantów). To powoduje, że BAL są bardzo użyteczne do prowadzenia walki w warunkach konfliktów asymetrycznych.

W sytuacji gdy przeciwnik (terrorysta) nie dysponuje własnym lotnictwem ani środkami obrony przeciwlotniczej, dron stanowi niezwykle

⁹ Tamże, s. 47.

¹⁰ Tamże, s. 21.

¹¹ Tamże, s. 46.

ważny czynnik tworzenia nad nim przewagi. Pozostający na dużej wysokości BAL może przez długi czas śledzić wybrany przez operatora cel, a w odpowiedniej chwili go zniszczyć.

Wielką zaletą używania dronów jest to, że w przeciwieństwie do pilota samolotu bojowego, operator nie musi kierować nim przez cały czas trwania misji bojowej. Po zakończeniu dyżuru przekazuje pilotowanie BAL swojemu zmiennikowi, który kontynuuje zadanie. Zatrudnienie operatora, który osobiście nie bierze udziału w walce, daje wiele korzyści. Bez wątplenia nie występują tutaj takie czynniki, jak nadmierne zmęczenie fizyczne, konieczność długotrwałego przetrwania w trudnych warunkach pogodowych i atmosferycznych oraz stres, które zawsze towarzyszą żołnierzom prowadzącym działania na terenie wroga. Nie bez znaczenia są również kwestie ekonomiczne, gdyż koszt przygotowania operatora samolotu bezzałogowego jest relatywnie niski w stosunku do nakładów finansowych, które trzeba ponieść na wyszkolenie pilota samolotu bojowego.

Oprócz wymienionych zalet bojowych BAL posiadają również wady. Świadczą o tym sytuacje, że pomimo dążenia do prowadzenia eliminacji selektywnej przeciwnika ofiarami dronów bardzo często stają się ludność cywilna. Przyczyny takich zdarzeń są co najmniej dwie. Pierwsza wynika z faktu, że w pobliżu atakowanego obiektu znajdują się osoby cywilne, a operator BAL podjął decyzję o zniszczeniu celu w niewłaściwej chwili albo nie istnieje żadna inna okoliczność uzasadniająca odstępianie od ataku. Drugą przyczyną wiąże się z koniecznością całkowitego zniszczenia aparatury i uzbrojenia znajdujących się w BAL, który na skutek zestrzelenia lub awarii spadł na ziemię. Konieczność zniszczenia maszyny spowodowana jest obawami, że wyposażenie elektroniczne i uzbrojenie BAL mogą dostać się w ręce przeciwnika. Z reguły jedynym środkiem umożliwiającym całkowite zniszczenie wraku znajdującego się na ziemi jest przeprowadzenie na niego ataku z powietrza za pomocą innego dronu. Niestety bardzo często wokół szczątków BAL gromadzą się ciekawskie, postronne osoby, które stają się ofiarami podczas akcji niszczenia wraku.

Problemem, o którym rzadziej się mówi, jest możliwość przechwycenia¹² lub przejęcia kontroli przez przeciwnika nad dronem. Pojawiające się w mediach i prasie informacje o przypadkach przejęcia przez

¹² Zob. R. Kosacz, Amerykański dron przechwycony nad Iranem, www.wiadomosci24.pl/artikuly/amerykanski_dron_przechwycony_nad_iranem_219910.html (dostęp: 20.06.2012).

terrorystów strumienia danych emitowanych przez drona stawiają pod znakiem zapytania szczelność systemu transmisji danych do centrum prowadzącego operację. Należy się również obawiać, że w niedalekiej przyszłości będzie możliwe przejście kontroli nad dronami i przekierowanie ich na inne cele¹³. Pomimo pewnych niedoskonałości technicznych BAL należy ocenić, że na obecnym etapie rozwoju technologii lotniczych ich efektywność bojowa w zakresie selektywnej eliminacji przeciwnika jest nie do przecenienia. Porównując przedstawioną w tabeli 1 efektywność powietrznych środków walki, można przewidywać intensywny rozwój tego środka walki w najbliższych latach.

Tabela 1. Efektywność powietrznych środków rażenia

Środki rażenia	Wykonywane zadania	Użyteczność bojowa	Obciążenie psychofizyczne załogi
Balon	<ul style="list-style-type: none"> rozpoznanie zrzucanie pocisków i materiałów wybuchowych 	<ul style="list-style-type: none"> mała precyzja rażenia niewielki udźwig 	<ul style="list-style-type: none"> utrudniony powrót możliwość zestrzelenia i utraty życia
Samolot	<ul style="list-style-type: none"> rozpoznanie walka powietrzna bombardowanie niszczenie celów naziemnych operacje ratownicze inne 	<ul style="list-style-type: none"> bardzo duża siła ognia duża precyzja rażenia ograniczony czas przebywania w powietrzu 	<ul style="list-style-type: none"> ograniczony czas przebywania w powietrzu znaczne obciążenie psychofizyczne załogi możliwość utraty życia krótki czas na podjęcie przez pilota decyzji o ataku
Bezzałogowy aparat latający	<ul style="list-style-type: none"> rozpoznanie precyzyjne niszczenie celów naziemnych operacje ratownicze mapowanie terenu wykonywanie BMR walka psychologiczna inne 	<ul style="list-style-type: none"> niewielka siła ognia bardzo duża precyzja rażenia skrytość działania możliwość długotrwałego przebywania w powietrzu 	<ul style="list-style-type: none"> brak zagrożenia życia załogi możliwość długotrwałej obserwacji celu dłuższy czas na podjęcie decyzji przez pilota samolotu bojowego o ataku

Źródło: opracowanie własne.

¹³ Zob. R. Kędzierski, *Amerykanie włamali się do dronu*, www.technologie.gazeta.pl/internet/1,104530,12066868,Amerykanie_wlamali_sie_do_drona.html (dostęp: 20.06. 2012).

Asymetryczny charakter współczesnych konfliktów zbrojnych

Współczesne konflikty zbrojne znacznie odbiegają od klasycznej definicji wojny. O ile trudno jest jednoznacznie określić pojęcie konfliktów asymetrycznych, to niewątpliwie ich cechą szczególną jest występowanie znacznych dysproporcji pomiędzy wielkością walczących sił, jakością wyposażenia, strukturami organizacyjnymi i systemem dowodzenia¹⁴.

Istotnym wyróżnikiem konfliktów asymetrycznych jest różny status prawnomiedzynarodowy walczących stron. Cechą tych konfliktów może być przeniesienie walki na inną płaszczyznę, na przykład cyberprzestrzeń, i atakowanie najważniejszych i najbardziej podatnych na uderzenia elementów i składników infrastruktury informatycznej przeciwnika. W innych przypadkach może to być precyzyjne fizyczne niszczenie wybranych celów zarówno materialnych, jak i osobowych. W praktyce przekłada się to na działania, w których przeciwnik nie będzie w stanie odpowiedzieć z adekwatną siłą i precyzją¹⁵. Przykładem standardowych działań podczas konfliktów asymetrycznych może być realizowanie selektywnej eliminacji przywódców organizacji terrorystycznych za pomocą bezzałogowych aparatów latających.

Sylwetka osobowa operatora BAL

Oceniając przydatność BAL w realizowaniu zadań wymienionych w tytule artykułu, należy odnieść się do oceny sylwetki osobowej operatora samolotu bezzałogowego. Obecnie zadania te wykonują najczęściej ludzie młodzi, na których psychikę i postawy wpływają takie czynniki, jak:

- brutalizacja życia społecznego;
- wpływ mediów na sposób postrzegania walki i deprecjonowanie wartości życia ludzkiego;
- chęć odwetu na sprawcach aktu terrorystycznego;

¹⁴ Zob. W. R. Więcek, *Zdefiniować przeciwnika nieregularnego*, „Kwartalnik Bellona” 2010, nr 4, s. 87.

¹⁵ Zob. M. Madej, *Zagrożenia asymetryczne – bezpieczeństwo państw obszaru transatlantyckiego*, PISM, Warszawa 2007, s. 42.

- brak doświadczenia bojowego;
- presja przełożonych (rozkaz wojskowy);
- nikła znajomość międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych;
- monotonia i znużenie podczas wielogodzinnej obserwacji ekranu monitora w czasie dyżuru bojowego.

Wymienione czynniki mogą wpływać na błędne decyzje podejmowane przez operatorów BAL. Ich skutkiem może być spowodowanie strat wśród ludności cywilnej. Innym ważnym uwarunkowaniem mającym wpływ na podejmowane przez operatora decyzje są specyficzne warunki, w jakich on się znajduje. Wynikają one z jego odległości od atakowanego celu.

Do niedawna rozpatrywano dwie możliwości walki z przeciwnikiem:

- walka z bliska (walka w mieście, walka w okopach, walka na bagnety);
- walka z dużej odległości, polegająca na dalekim oddziaływaniu ogniowym (lotnictwo, artyleria, wojska rakietowe, marynarka wojenna).

Jak wynika z wieloletnich doświadczeń z konfliktów zbrojnych, rażenie wroga (zabicie) z dużej odległości – gdy nie jest on dostrzegany wzrokowo – nie powoduje żalu, traumy i wyrzutów sumienia. Bliski kontakt (wzrokowy) w walce utrudnia zabicie przeciwnika, a jeśli do niego dojdzie, jest zjawiskiem traumatycznym, obciążającym psychikę człowieka na całe jego dalsze życie¹⁶.

Operatorzy dronów są w odmienniej sytuacji. Znajdują się w dużej odległości od celu ataku, ale za pomocą przyrządów optycznych mogą go stale obserwować. Tym samym mają możliwość śledzenia celu, wybrania czasu ataku i jego przeprowadzenia, a następnie obserwowania skutków swoich działań. U osoby o ukształtowanej postawie moralnej może to być przyczyną głębokich urazów psychicznych. Zupełnie inaczej ta sama sytuacja może wyglądać z punktu widzenia osoby niemającej ukształtowanej wrażliwości. Walka prowadzona bez zagrożenia własnego życia, w konwencji przypominającej grę komputerową, może prowadzić do eskalacji działań niezgodnych z prawem.

¹⁶ Zob. D. Grossman, *O zabijaniu – psychologiczny koszt kształtowania gotowości do zabijania w czasach pokoju i wojny*, Mayfly, Warszawa 2010, s. 167.

2. Istota międzynarodowego prawa humanitarnego

Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych jest zbiorem przepisów określających zasady prowadzenia walki zbrojnej i wprowadzającym ograniczenia w zakresie stosowania środków walki. Obowiązujące obecnie normy i zasady prawa wojennego powstawały i kształtowały się wraz z historycznym rozwojem konfliktów zbrojnych, tworząc przepisy postępowania na polu walki. Określają one między innymi:

- podstawowe relacje państw wojujących;
- dozwolone i zakazane sposoby prowadzenia walki;
- zasady ochrony ofiar konfliktów zbrojnych;
- sposoby postępowania z osobami, które znalazły się we władzy strony nieprzyjacielskiej.

Normy te przez wiele krajów uznawane są za powszechnie obowiązujące. W celu niedopuszczenia do ich łamania zostały opracowane zasady prowadzenia walki, które są drogowskazem postępowania dowódcy podczas jej planowania, jak również prowadzenia. Współczesne prawo wojenne dzieli się na prawo zwyczajowe i prawo traktatowe. Znaczącą część dokumentów MPH stanowią przepisy dotyczące prawnych ograniczeń walki zbrojnej, nie tylko w sferze sposobów jej prowadzenia, ale także stosowanych w niej technicznych środków walki. Technicznymi środkami walki, których stosowanie zostało ograniczone, a nawet zabronione odpowiednimi przepisami MPH, są między innymi:

- pociski wybuchające małego kalibru;
- pociski dum-dum;
- amunicja raniąca odłamkami niewykrywalnymi promieniami RTG;
- miny przeciwpiechotne;
- broń zapalająca;
- broń laserowa.

3. Historia lubi się powtarzać

To powszechnie używane powiedzenie odnosi się również do rozwoju MPH. Pierwszą historycznie odnotowaną próbą wyeliminowania określonego rodzaju broni z ówczesnych arsenałów był przyjęty podczas

II soboru laterańskiego w 1139 r. zakaz stosowania kuszy przeciwko chrześcijanom¹⁷. Broń ta zaczęła stopniowo zastępować łuki, które były mniej celne i miały mniejszą donośność, a wyszkolenie doskonałego łucznika wymagało długotrwałego treningu. Oficjalnym powodem wprowadzenia zakazu stosowania kuszy była duża siła rażenia, polegająca na zdolności przebijania ówczesnych zbroi, i celność, co czyniło z tej broni niezwykle śmiertelne urządzenia do zabijania. Nieoficjalnie stosowanie kuszy naruszało istniejące podziały społeczne i etykę walki. Do posługiwania się kuszą nie było potrzebne długotrwałe szkolenie, jakiemu byli poddawani przyszli rycerze pochodzący głównie ze stanu szlacheckiego, a umiejętność skutecznego strzelania z niej mogli opanować prości żołnierze. Możliwość pokonania ciężkozbrojnego rycerza-szlachcica przez żołnierza pochodzącego z ludu naruszała konwenanse ówczesnej epoki. Zaproponowany przez kościół zakaz nie przyjął się, a przez kolejne wieki problem ograniczeń w stosowaniu środków walki nie był dostrzegany. Dopiero od czasu udoskonalenia broni strzeleckiej stwierdzono, że istnieje konieczność eliminowania wybranych rodzajów amunicji, które powodowały zbędne cierpienia. Przyjęta 11 grudnia 1868 r. Deklaracja petersburska w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru zabroniła stosowania pocisków wybuchających o masie poniżej 400 g. Historyczna ważność tego dokumentu polega na tym, że zapoczątkowano nim rozwój nurtu prawa humanitarnego, który ogranicza lub wręcz zabrania stosowania tak zwanych broni niehumanitarnych. W preambule Deklaracji wyraźnie zaznaczono, „że postępy cywilizacji winny prowadzić w miarę możliwości do złagodzenia klęsk wojny; że jedynym legalnym celem, jaki państwa winny sobie stawiać w czasie wojny, jest osłabienie sił zbrojnych nieprzyjaciela; że w tym celu wystarczy możliwie największą liczbę ludzi uczynić niezdolnymi do walki; że używanie broni, która by niepotrzebnie zwiększała cierpienie ludzi już niezdolnych do walki albo sprowadzała nieuchronnie ich śmierć, prowadziłoby poza ten cel; że więc używanie podobnej broni byłoby sprzeczne z prawami ludzkości”¹⁸.

¹⁷ M. Flemming, *Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych – Zbiór dokumentów*, Artekon, Warszawa 1991, s. 4.

¹⁸ *Deklaracja petersburska*, [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* [uzup. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza], Warszawa 2003, s. 173–174.

Podobny cel miała przyjęta podczas I konferencji haskiej Deklaracja o zakazie używania kul, które łatwo rozszerzają się lub splaszczą w ciele ludzkim (Haga, 29 lipca 1899 r.). Pod koniec XIX wieku twórcy prawa humanitarnego bez wątpienia zauważyli, że walka zbrojna zacznie się przenosić w nowy wymiar, jakim jest przestrzeń powietrzna. Wojskowi zaczęli rozważać możliwość zastosowania do zadań militarnych balonów. Początkowo używano ich do zadań rozpoznawczych, a później do bojowych. Podczas wspomnianej konferencji przyjęto również drugi dokument – Deklarację w sprawie zakazu zrzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych. Dzisiaj idea zawarta w tej Deklaracji wydaje się anachronizmem, ale wówczas odnosiła się do realnego zagrożenia, jakim była możliwość osiągnięcia przewagi nad nieprzyjacielem za pomocą broni, której użycie wykraczało poza ówczesne standardy sztuki wojennej.

W 1901 r. bracia Orville i Wilbur Wright wykonali pierwsze loty samolotem, zapoczątkowując rozwój lotnictwa, które w ciągu około 15 lat na zawsze zmieniło obraz pola walki. Podobnie jak balony, samoloty początkowo wykonywały zadania rozpoznawcze. Jednak wraz z poprawą parametrów taktyczno-technicznych stały się maszynami bojowymi, które umożliwiły osiągnięcie przewagi nad przeciwnikiem. Pojawienie się lotnictwa jako nowego rodzaju sił zbrojnych o nowych możliwościach oraz doświadczenia z I wojny światowej zaowocowały próbami wprowadzenia prawnych ograniczeń w zakresie stosowania samolotów w działaniach wojennych.

Widząc poważne luki w prawie wojennym, opracowano *Reguły wojny powietrznej*, które przyjęto w Hadze 19 lutego 1923 r., jednak z powodu dynamicznego rozwoju lotnictwa i „nienadążania prawa” za postępem technologicznym oraz możliwościami bojowymi samolotów dokument nie wszedł w życie. Pomimo to, jak słusznie zauważa prof. Bierzanek, chociaż dokument nie ma mocy obowiązującej, to ma jednak moc przekonywającą¹⁹. *Reguły wojny powietrznej* odwołują się do wcześniejszych osiągnięć prawa humanitarnego i obecnie można podjąć próbę zaadaptowania ich w nowym wymiarze działań wojennych na gruncie prawa zwyczajowego.

Analizując rozwój technicznych środków walki od łuków do współczesnego sprzętu, warto zastanowić się, czy podejmowane dotychczas prawne ograniczenia w zakresie ich stosowania okazały się skuteczne.

¹⁹ Zob. R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, MON, Warszawa 1982, s. 301.

W celu przeprowadzenia bardzo uproszczonej oceny skuteczności ograniczeń MPH w zakresie stosowania wybranych broni porównano je w tabeli 2, przypisując im w skali od 1 do 10 umowny poziom zaawansowania technologicznego i wiążąc je z przyjętymi rozwiązaniami prawnymi.

Tabela 2. Rozwój środków rażenia a ograniczenia prawne

Środki rażenia na duże odległości	Zaawansowanie technologiczne (skala 1–10)	Ograniczenia prawne
Łuk	1	brak ograniczeń
Kusza	2	II sobór laterański w 1139 r. zakaz stosowania kusz przeciwko chrześcijanom (nieskuteczny)
Pociski wybuchające o masie mniejszej niż 400 g	4	Petersburg, 11.12.1868 r. Deklaracja w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru (straciła ważność)
Pocisk dum-dum	4	29.07.1899 r. I Konferencja pokojowa w Hadze Deklaracja o zakazie używania na wojnie kul rozszerzających się lub rozplaszczających
Balon	7	29.07.1899 r. I Konferencja pokojowa w Hadze Deklaracja w sprawie zakazu zrzucania z balonów pocisków i środków wybuchowych
Samolot	9	Haga, 19.02.1923 r. <i>Reguły wojny powietrznej</i> (nie weszły w życie)
Bezzałogowy aparat latający	10	nie określono (stosuje się istniejące przepisy MPH)

Źródło: opracowanie własne.

Wniosek z porównania nasuwa się jednoznaczny: im bardziej środki walki stają się złożone technologicznie i uniwersalne w zakresie możliwości bojowych, tym trudniej jest wprowadzić szczegółowe ograniczenia prawne w zakresie ich użycia. Należy zatem skonstatować, że podejmowanie prób wprowadzenia ograniczeń użycia BAL mija się z celem, należy zaś wykorzystywać dotychczasowe rozwiązania prawne MPH.

4. Zasady MPH mające zastosowanie podczas stosowania bezzałogowych aparatów latających

Jak wcześniej wspomniano, chociaż haskie *Reguły wojny powietrznej* nie mają mocy obowiązującej, tylko charakter zalecenia, to część zawartych w nich zapisów weszła na stałe do kanonu zasad zwyczajowego prawa humanitarnego. Haskie *Reguły* jako sposób prowadzenia ataku wymieniają jedynie bombardowania. Współczesne BAL zamiast bombardowań prowadzą ataki, wykorzystując najczęściej pociski rakietowe. Stosowanie innego środka ataku niż bomba nie zmienia faktu, że zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku zamierzonym skutkiem działania powinno być zniszczenie celu.

Prawo zwyczajowe konfliktów zbrojnych wyróżnia trzy grupy zasad związanych z planowaniem i prowadzeniem działań bojowych. Są nimi:

- zasada rozróżniania;
- zakaz prowadzenia ataków bez rozróżniania;
- środki ostrożności w czasie ataku.

Zasada rozróżniania

Jedną z podstawowych zasad MPH jest zasada rozróżniania, która przed podjęciem decyzji o ataku nakazuje przeprowadzenie oceny, czy atakowane osoby mają status kombatanta i nie są cywilami, oraz czy atakowane obiekty są celami wojskowymi, a ich zniszczenie przyniesie konkretną korzyść wojenną.

Zasada rozróżniania osób cywilnych od kombatantów (zasada 1) mówi, że „Strony konfliktu powinny zawsze rozróżniać osoby cywilne i kombatantów. Ataki mogą być kierowane jedynie przeciwko kombatantom. Ataków nie wolno kierować przeciwko osobom cywilnym”²⁰. Obecnie zasada ta podtrzymana jest w PD I w art. 48.

Kolejna zasada prawa humanitarnego (zasada 2) zabrania prowadzenia działań mających na celu zastraszenie ludności cywilnej.

²⁰ J. M. Henckaerst, *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad dotyczących konfliktu zbrojnego*, Ośrodek Upowszechniania Międzynarodowego Prawa Humanitarnego przy Zarządzie Głównym Polskiego Czerwonego Krzyża, Warszawa 2006, s. 30.

Wskazuje ona wyraźnie, że „Zabronione są akty lub groźby przemocy, których głównym celem jest zastraszenie ludności cywilnej”²¹. Podobnie kwestię tę regulują haskie *Reguły walki powietrznej*, których art. XXII wyraźnie mówi, że „bombardowanie lotnicze w celu sterrowania ludności cywilnej albo niszczenia czy uszkodzania własności prywatnej niemającej charakteru wojskowego bądź zranienia niewalczących jest zabronione”²². Współcześnie zasada ta funkcjonuje w I Protokole dodatkowym w art. 51 ust. 2.

Podobnie wygląda kwestia rozróżniania pomiędzy dobrami cywilnymi a celami wojskowymi. Zasada 7 prawa zwyczajowego mówi, że „strony konfliktu powinny zawsze rozróżniać pomiędzy dobrami o charakterze cywilnym a celami wojskowymi. Ataki mogą być kierowane jedynie przeciwko celom wojskowym. Ataków nie wolno kierować przeciwko dobrom cywilnym”²³. Wymieniona zasada jest odzwierciedleniem art. XXIV haskich *Reguł wojny powietrznej*. W ust. 1 omawianego dokumentu wyraźnie określono, że „bombardowanie lotnicze jest dozwolone tylko wtedy, gdy kieruje się przeciwko obiektowi wojskowemu, to jest obiektowi, którego całkowite lub częściowe zniszczenie będzie stanowiło dla wojującego wyraźną korzyść wojskową”²⁴. Należy sądzić, że autorzy dokumentu traktując go jako międzynarodowy regulamin działań lotnictwa, poszli jeszcze dalej i doprecyzowali pojęcie obiektu wojskowego, który może być legalnym celem bombardowań lotnictwa. Rozwinięcie tej myśli znajduje się w ust. 2 omawianego artykułu: „Takie bombardowanie jest dozwolone tylko wtedy, gdy kieruje się wyłącznie przeciwko następującym obiektom: siły zbrojne, budowle wojskowe, urządzenia i składy wojskowe, fabryki stanowiące ważne i znane ośrodki wykorzystywane do wytwarzania broni, amunicji lub specyficznie wojskowego zaopatrzenia, szlaki komunikacyjne czy transportowe wykorzystywane w celach wojskowych”²⁵. Zasada ta podtrzymana jest w I Protokole dodatkowym art. 48 i art. 52 ust. 2.

²¹ Tamże, s. 30.

²² *Reguły wojny powietrznej*, Haga, 19.02.1923 r., [w:] M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, dz. cyt., s. 200–204.

²³ J. M. Henckaerst, dz. cyt., s. 30.

²⁴ M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, dz. cyt.

²⁵ Tamże.

Zakaz prowadzenia ataków bez rozróżnienia

Prawo zwyczajowe stanowiące istotę MPH jednoznacznie zabrania prowadzenia ataków bez rozróżnienia. Tę kwestię precyzuje zasada 13, która nie wskazując konkretnego środka walki za pomocą, którego prowadzi się bombardowanie²⁶, wyraźnie określa, że: „zakazane są ataki w postaci bombardowania, niezależnie od zastosowanych metod i środków, które jako jeden cel wojskowy traktują pewną ilość celów wojskowych wyraźnie zarysowanych i odróżniających się, położonych w mieście, na wsi lub innej strefie obejmującej podobne skupienie osób cywilnych lub dóbr o charakterze cywilnym”²⁷. W odniesieniu do bombardowań lotniczych kwestię tę wyraźnie wyjaśnia art. XXIV ust. 3 *haskich Reguł wojny powietrznej*, który mówi, że „bombardowanie miast, osad, wsi, miejsc zamieszkania i budynków, które nie znajdują się w bezpośrednim sąsiedztwie działań lądowych sił zbrojnych, jest zabronione. W wypadku gdyby obiekty [wojskowe] [...] były położone w taki sposób, że nie mogłyby być bombardowane bez jednoczesnego bombardowania ludności cywilnej, statki powietrzne muszą się powstrzymać od bombardowania”²⁸. Współcześnie zasada ta określona jest w I Protokole dodatkowym art. 51 ust. 5 (a).

Środki ostrożności w czasie ataku

Do dwóch wymienionych grup zasad prawa zwyczajowego dotyczących przygotowania ataku pod kątem zgodności z MPH dochodzi jeszcze problem zastosowania środków ostrożności podczas prowadzenia ataku. Prowadzenie działań zbrojnych z reguły cechuje się dużą dynamiką i w ich trakcie może dojść do sytuacji, w których w sposób niezamierzony zagrożone zostanie życie i zdrowie osób cywilnych. Na gruncie prawa zwyczajowego kwestię tę precyzuje zasada 15, która wyraźnie określa, że „w toku prowadzenia operacji wojskowych należy stale

²⁶ Współcześnie przyjęło się, że bombardowanie związane jest z działaniami lotnictwa. Historycznie terminem „bombardowanie” określano prowadzenie długotrwałego ostrzału za pomocą artylerii ciężkiej, m.in. okrętowej. Por. Konwencja o bombardowaniu przez morskie siły zbrojne w czasie wojny (IX Konwencja haska) z dn. 18.10. 1907 r.

²⁷ J. M. Henckaerst, dz. cyt., s. 31.

²⁸ M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, dz. cyt.

troszczyć się o oszczędzenie ludności cywilnej, osób cywilnych oraz dóbr o charakterze cywilnym. Należy przedsięwziąć wszystkie praktycznie możliwe środki ostrożności w celu uniknięcia, a przynajmniej sprowadzenia do minimum, niezamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze cywilnym”²⁹. Dążenie do zmniejszenia strat wśród ludności cywilnej rozwijają zasady 15–21³⁰.

Tę samą kwestię, ale tylko w odniesieniu do ataku z powietrza precyzują haskie *Reguły wojny powietrznej* w art. XXIV ust. 4: „W bezpośrednim sąsiedztwie działań lądowych sił zbrojnych bombardowanie miast, osad, wsi, miejsc zamieszkania i budynków jest dozwolone pod warunkiem, że istnieje uzasadnione przypuszczenie, iż tamtejsza koncentracja wojskowa w wystarczającym stopniu uzasadnia bombardowanie, zważywszy niebezpieczeństwo mogące stąd wyniknąć dla ludności cywilnej”³¹. Jak można zauważyć w treści obydwu dokumentów, w sytuacji gdy atak jest już prowadzony, decydującego znaczenia nabiera zasada konieczności wojskowej, która dopuszcza użycie przemocy podczas walki zbrojnej; nie ma jednak wyraźnego przepisu nakazującego przerwanie walki, a jedynie podjęcie takich działań, które zminimalizują straty wśród ludności cywilnej (współcześnie odpowiednio PD I art. 57 ust. 1).

Pomimo upływu prawie 90 lat od opracowania haskich *Reguł wojny powietrznej* i rewolucyjnych zmian, którym uległo lotnictwo wojskowe, zarówno pod względem jakościowym, jak i ilościowym, wydaje się, że zaproponowane w *Regułach* idee w zakresie rozróżniania celów i prowadzenia ataku z powietrza pozostają nadal aktualne i są zgodne ze zwyczajowym prawem humanitarnym.

5. Nowe bronie i zgodność z MPH

Bezzałogowe aparaty latające są nową generacją środków walki. Pomimo że współczesne prawo humanitarne szczegółowo wymienia zakazane środki walki, to nie zawsze nadąża za technicznym rozwojem

²⁹ J. M. Henckaerst, dz. cyt., s. 30.

³⁰ Tamże, s. 32.

³¹ M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne...*, dz. cyt.

nowych broni. Z tego powodu w art. 36 PD I do konwencji genewskich zawarto wyraźną deklarację, która nakazuje przeprowadzenie rzetelnej analizy i oceny, czy nowy środek walki nie będzie naruszał dotychczasowych postanowień MPH. W artykule tym wyraźnie wskazano, że: „Przy prowadzeniu badań, prac rozwojowych, nabywaniu lub wprowadzaniu nowej broni, nowego środka lub metody prowadzenia wojny Wysoka Umawiająca się Strona jest obowiązana ustalić, czy ich zastosowanie byłoby w pewnych lub we wszelkich okolicznościach zakazane przez postanowienia niniejszego protokołu lub przez jakikolwiek inny przepis prawa międzynarodowego odnoszący się do tej Wysokiej Umawiającej się Strony”³². Tak więc już na etapie prac projektowych należy przeprowadzić wstępną ocenę, czy nowy środek walki nie wejdzie do katalogu uzbrojenia zakazanego przez prawo humanitarne. Można jednak sądzić, że przy zachowaniu określonych warunków prawnych bezzałogowe aparaty latające są legalnym środkiem walki.

Podsumowanie

Doświadczenia z najnowszych konfliktów zbrojnych wskazują, że uzyskanie jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy stosowanie bezzałogowych aparatów latających na polu walki stanowi nowe wyzwanie dla prawa wojennego, jest niemożliwe, ponieważ próba jej sformułowania oscyluje wokół kilku grup wzajemnie się przenikających problemów. Jak pokazuje rozwój prawa humanitarne, nie zawsze kolejne zakazy lub ograniczenia okazywały się skuteczne, chociażby dlatego że przydatność bojowa nowego sprzętu tak bardzo odpowiadała potrzebom pola walki, że państwa marginalizowały lub wręcz pomijały istniejące rozwiązania prawne. Pojawianie się nowych generacji uzbrojenia powodowało, że dotychczasowe umowy międzynarodowe dotyczyły uzbrojenia, które z powodu postępu technologicznego przestało być użytkowane (na przykład pociski wybuchające o masie mniejszej niż 400 g). Z tego powodu trudno jest ustalić jednoznacznie zakres ograniczeń, jakim miałyby podlegać BAL.

Należy więc uznać, że w zakresie rozwoju bezzałogowych aparatów latających nadal będą prowadzone prace w kierunku opracowania

³² Tamże.

wielozadaniowej powietrznej platformy bojowej. W odpowiedzi potencjalny przeciwnik będzie podejmował badania nad sposobami przejęcia kontroli nad BAL, pojawią się zatem nowe metody walki radioelektronicznej i informatycznej. Ze względu na trudność wykrycia dronów zostaną podjęte prace nad poprawą kontroli przestrzeni powietrznej i doskonaleniem systemów wykrywania i niszczenia BAL.

W zakresie legalności użycia BAL w kontekście MPH należy przypuszczać, że ze względu na wielozadaniowość powietrznych statków bezzałogowych i dotychczasowe doświadczenia historyczne w tworzeniu prawa humanitarnego prawne próby ograniczenia ich stosowania będą nieskuteczne. W celu uniknięcia lub ograniczenia strat wśród ludności cywilnej, wynikających z atakowania za pomocą dronów, należy stosować dotychczasowe zasady określone w prawie zwyczajowym. Z wymienionych powodów nie istnieje potrzeba wprowadzania nowych regulacji prawnych w obszarze MPH.

Odnosząc się do oceny doboru i przygotowania operatorów BAL, należy wskazać, że istnieje konieczność opracowania bardzo szczegółowych kryteriów naboru personelu pod względem psychicznym i moralnym. W szkoleniu bojowym operatorów dronów istotnym elementem powinno być międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Podstawowym zadaniem operatorów jest wykrywanie, śledzenie i niszczenie celów, dlatego szczególnie w tym zakresie powinny być prowadzone zajęcia doskonalące w celu unikania przypadkowych strat wśród ludności cywilnej. Ze względu na specyficzne warunki służby operatorów BAL, polegające na znacznym oddaleniu od pola walki i uczestniczeniu w niej na zasadach podobnych do gry komputerowej, powinni oni także przed wyznaczeniem na stanowisko służbowe odbyć praktykę w warunkach bojowych, w celu poznania realiów pola walki.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA WYKONANIE BEZPRAWNEGO ROZKAZU W ŚWIELE MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA KARNEGO

RESPONSIBILITY FOR EXECUTION OF UNLAWFUL SUPERIOR ORDER IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Summary

One of the fundamental rules of international criminal law states that an action in accordance with a superior order does not provide a sufficient legal basis to relieve a subordinate from criminal responsibility. In the light of the Nuremberg principles, a perpetrator of an international crime, even committed pursuant to order of their superior, bears the responsibility. In certain situations, however, acting in obedience to an unlawful order can provide mitigating circumstances. As a whole, the international community has no army. That is why international law does not have to protect military discipline. It is only states that have their armed forces. That is why states treat discipline in their armed forces as one of the most important values. Consequently, the leading solutions in national law treat non-responsibility for acts committed in obedience to an order as a principle. However, an exception is made according to which the rule is not applied to unlawful orders. Finally, the scope of acts criminalized on both the international and the national level should be the same. Acting pursuant to an order does not establish a satisfactory excuse. Perpetrators can be relieved from responsibility if they can prove that other circumstances took place.

key words: superior order, unlawful order, subordinate, international criminal responsibility

Wstęp

W przypadku działania na bezprawny rozkaz mamy do czynienia z kolizją dwóch wartości. Pierwszą z nich jest dyscyplina wojskowa, bez której nie można wyobrazić sobie sprawnego funkcjonowania jakichkolwiek sił zbrojnych. Druga to obowiązek niepopelniania przestępstw przez jednostki, w tym zwłaszcza przez żołnierzy, którzy są przecież emanacją władz publicznych. Władze te mają zaś działać na rzecz ochrony prawa, a nie jego łamania¹.

Istnieją dwa skrajne modele rozwiązywania tego problemu. Pierwszy z nich określany jest mianem teorii bezwzględnego (biernego) posłuszeństwa. Niekiedy nazywa się go także teorią ślepych bagnetów. Zgodnie z nią podwładny zobowiązany jest do bezwzględnego posłuszeństwa rozkazom swojego przełożonego, niezależnie od ich treści. Wykonawca nie ponosi żadnej odpowiedzialności za realizację bezprawnych rozkazów, także wtedy gdy posiada pełną świadomość takiego ich charakteru. Nie ma prawa kwestionować ich treści. W świetle tej doktryny rozkaz jest, jak ujął to E. Krzymuski, okolicznością „zdolną do nałożenia na podwładnego obowiązku przełamania jakiegoś zakazu lub nakazu prawa”². Niewykonanie bezprawnego rozkazu zagrożone jest odpowiedzialnością karną lub dyscyplinarną. Czyn podwładnego, będący obiektywnie działaniem lub zaniechaniem bezprawnym, w tym przestępstwem, jest – jako wykonany na rozkaz przełożonego – zgodny z prawem. W sytuacji tej mamy do czynienia z absolutną nieodpowiedzialnością wykonawcy. Cięży ona zaś na wydającym bezprawny rozkaz³.

¹ A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003, s. 231–234; N. C. H. Dunbar, *Some Aspects of the Problem of Superior Orders*, „Juridical Review” 1951, nr 63, s. 234–261; G. Hoffmann, *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht: Zum gegenwärtigen Stand des völkerrechtlichen Strafrechts*, Frankfurt (Main) – Berlin 1962, s. 129–133; C. Gattaway, *Superior Orders and the International Criminal Court: Justice Delivered, or Justice Denied*, „IRoRC” 1999, nr 836, s. 785; H. H. Jescheck, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn 1952, s. 255–261; M. J. Osiel, *Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War*, „California Law Review” 1998, nr 86, s. 939–1129.

² E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, t. I, wyd. 2, Kraków 1901, s. 204.

³ Na temat teorii bezwzględnego posłuszeństwa zob. szerzej: J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, wyd. 2, Warszawa 1986, s. 111–121.

Druga – równie skrajna – koncepcja nosi nazwę zasady nieograniczonej odpowiedzialności. Jest ona jedną z odmian tak zwanej teorii myślących bagnetów. Zgodnie z tą doktryną wykonawca rozkazu odpowiada za swoje czyny, niezależnie od tego, czy były one wykonaniem rozkazu, czy też nie. Ma zatem nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek odmówienia wykonania bezprawnego rozkazu. W żadnych okolicznościach nie może zasłaniać się wykonywaniem woli przełożonego. Działanie na rozkaz nie zwalnia bowiem od odpowiedzialności, którą ponoszą zarówno rozkazodawca, jak i ten, który wykonuje ten rozkaz. Rozkazobiorca ma obowiązek wykonywania jedynie tych rozkazów, które nie kolidują z prawem. Obowiązek posłuszeństwa w stosunku do przełożonych ustępuje – w świetle tej koncepcji – obowiązкови wyższego rzędu, którym jest w tym przypadku wymóg przestrzegania porządku prawnego. Istotę tej doktryny trafnie opisał J. Ziewiński, wskazując, że: „Według tego poglądu rozkazobiorca jest zobowiązany zawsze rozważyć treść otrzymanego rozkazu, ocenić jego charakter prawny i powziąć stosowną decyzję co do jego wykonania lub niewykonania. Za tę decyzję i zachowanie się na jej podstawie – w wyniku oceny charakteru rozkazu – ponosi on pełną odpowiedzialność na równi z rozkazodawcą: już to za nieposłuszeństwo wobec otrzymanego rozkazu (gdy okazał się on wiążący), już to za popełniony czyn w wykonaniu rozkazu (gdy rozkaz był bezprawny, a zatem niewiążący). Zachowanie się podwładnego, adresata rozkazu, jest zatem oparte na pewnym stopniu ryzyka”⁴.

W praktyce żaden z tych skrajnych modeli nie występuje w swojej pełnej, „czystej” formie. Nawet gdy koncepcje te bywały zadekretowane wprost w aktach prawnych, to kolejne nowelizacje lub orzecznictwo czyniły w nich pewne wyłomy. Obecnie w wojskowych ustawodawstwach karnych przyjmuje się model pośredni – koncepcję umiarkowanego posłuszeństwa. Może ona jednak – w zależności od systemu prawnego – znajdować się w różnej odległości od dwóch opisanych wyżej skrajności. Zasadniczo przyjmuje się, że rozkazobiorca odpowiada za bezprawne czyny będące wynikiem wykonania rozkazu tylko

⁴ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 122–123. Na temat zasady nieograniczonej odpowiedzialności zob. szerzej: Tamże, s. 122–130.

wtedy, gdy rozkaz ten był w sposób oczywisty bezprawny, gdy osoba go realizująca miała świadomość jego bezprawności lub gdy – w normalnych okolicznościach – powinna zdawać sobie z tego sprawę⁵.

W opracowaniu tym zostaną przeanalizowane przepisy międzynarodowego prawa karnego, które odnoszą się do odpowiedzialności rozkazobiorcy za wykonanie przestępczego rozkazu. Poza zainteresowaniem pozostaną, co do zasady, przepisy ustawodawstw krajowych, w tym prawa polskiego, regulujące tę materię. Nie znaczy to oczywiście, że w artykule nie znajdują się odniesienia do prawa krajowego. Będzie to miało jednak miejsce wyłącznie w zakresie niezbędnym do wskazania stanowisk państw wobec omawianego problemu w warstwie prawnomiędzynarodowej.

1. Okres przednorymberski

W świetle klasycznego prawa międzynarodowego, które regulowało wyłącznie stosunki między państwami, jednostka nie mogła stać się podmiotem odpowiedzialności realizowanej w ramach tego systemu normatywnego. Wykonywanie bezprawnych rozkazów znajdowało się zatem poza zainteresowaniem tego prawa. Problematyka ta – choć występująca w bezpośrednich kontaktach międzypaństwowych – była domeną prawa krajowego. Relacje, o których mowa, nie miały bowiem charakteru przyjaznego, ale wrogi. Nie sprzyjało to nawiązywaniu współpracy w tym zakresie. Każde państwo wydawało własne przepisy regulujące zasady wykonywania rozkazów oraz ewentualnego zakresu odpowiedzialności za wykonanie rozkazu przestępczego. Dotyczyły one własnych żołnierzy oraz schwytanych żołnierzy wroga.

Dawało się też wówczas zaobserwować – notabene ponadczasowe – tendencje: prawodawczą i orzeczniczą, zgodnie z którymi członkowie własnej armii mieli bezwzględnie, ale i bezkarnie wykonywać nawet najbardziej kontrowersyjne rozkazy, a członkowie wrogich armii nie

⁵ Polski Kodeks karny w art. 318 stanowi, że: „Nie popełnia przestępstwa żołnierz, który dopuszcza się czynu zabronionego będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wykonując rozkaz, umyślnie popełnia przestępstwo”. Oznacza to przyjęcie – jako punktu wyjścia – zasady, że popełnienie przestępstwa na rozkaz nie podlega karze. Dopiero od tej reguły tworzony jest wyjątek. Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88 poz. 553 z późn. zm.).

korzystali z tej ochrony. Każde państwo jest bowiem zainteresowane utrzymaniem karności w swoich siłach zbrojnych, a nie w oddziałach wojskowych w stosunku do siebie zewnętrznych, w szczególności u przeciwnika. Prawo karne, w tym wojskowe prawo karne, nie służy bowiem utrzymywaniu dyscypliny wojskowej w armiach obcych. W takiej sytuacji działanie na rozkaz poza własnymi siłami zbrojnymi jest więc – z punktu widzenia systemu prawnego danego państwa – okolicznością faktyczną, a nie prawną. Może, ale nie musi, zasługiwać na łagodniejsze traktowanie jako element stanu faktycznego, który spowodował wykonanie przestępczego rozkazu⁶.

⁶ Ta ponadczasowa i uniwersalna praktyka znajduje także odzwierciedlenie w historii prawa polskiego. Dekret PKWN z dnia 31.08.1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (dekret sierpniowy) w swoim pierwotnym brzmieniu bardzo rygorystycznie podchodził do problemu działania na rozkaz (Dz.U. Nr 4 poz. 16). Działanie w jego wykonaniu uznano za całkowicie obojętne dla odpowiedzialności karnej za popełnione w tych okolicznościach zbrodnie. W przypadku najpoważniejszych przestępstw, które stypizowano w art. 1, nie można było go uwzględnić nawet przy wymierzaniu kary, gdyż jedynym istniejącym zagrożeniem była kara śmierci. Wykluczono także możliwość powoływania się na działanie „w służbie wrogiej władzy okupacyjnej lub z jej nakazu lub przymusu”, co ograniczało możliwość uznania, że miał miejsce brak faktycznej możliwości niewykonania rozkazu.

Było to uregulowanie o wiele bardziej rygorystyczne niż te zawarte w polskim wojskowym Kodeksie karnym z 1932 r. (rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 21.10.1932 r., Kodeks karny wojskowy – Dz.U. Nr 91 poz. 765 z późn. zm.) oraz w niemieckim wojskowym kodeksie karnym z 20.06.1872 r. (*Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* – RGBl. 1872, S. 174; 1873, S. 138). Odpowiedzialność karna na ich podstawie była bowiem zależna od tego, czy sprawca wiedział o bezprawności czynu. Dekret sierpniowy – w zakresie działań podejmowanych w wykonaniu rozkazów – dotyczył żołnierzy i funkcjonariuszy niemieckich oraz Polaków z nimi współpracujących. Dopiero jego nowelizacja z 1946 r. dopuściła zastosowanie w takim przypadku nadzwyczajnego złagodzenia kary ze względu na osobę sprawcy lub okoliczności czynu (dekret z dnia 10.12.1946 r. o zmianie dekretu z dnia 31.08.1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstwa i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego – Dz.U. Nr 69 poz. 376).

W tym samym prawie czasie co dekret sierpniowy został przyjęty także Kodeks karny Wojska Polskiego. Przewidywał on całkowitą nieodpowiedzialność żołnierza, który dopuszczał się czynu zabronionego przez prawo, o ile było to wykonanie rozkazu w sprawach służbowych. Żołnierz mógł odpowiadać jedynie, gdy przekroczył rozkaz. Jednak i w tym przypadku możliwe było nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 21 dekretu PKWN z dnia 23.09.1944 r., Kodeks karny Wojska Polskiego, Dz.U. Nr 6 poz. 27 z późn. zm.). Z kolei zgodnie z Kodeksem karnym z 1969 r. nie popełniał przestępstwa żołnierz, który dopuszczał się czynu zabronionego, będącego wykonaniem rozkazu, chyba że wiedział lub co najmniej godził się na to, że wykonując rozkaz, popełnia przestępstwo (art. 290 § 1 ustawy z dnia 19.04.1969 r., Kodeks karny (Dz.U. Nr 13 poz. 94 z późn. zm.).

Kwestie te stały się jednak przedmiotem zainteresowania prawodawcy międzynarodowego w trakcie likwidacji skutków I wojny światowej. Zgodnie z art. 228–230 traktatu wersalskiego⁷ państwa sprzymierzone i stowarzyszone miały prawo do sądenia przed swoimi trybunałami wojskowymi osób, którym zarzucano popełnienie czynów sprzecznych z prawem wojennym. Oskarżeni o popełnienie zbrodni wojennych przeciwko obywatelom kilku państw sprzymierzonych i stowarzyszonych mieli stanąć przed mieszanymi trybunałami wojskowymi złożonymi z sędziów z państw zainteresowanych. Trybunały te miały stosować właściwe prawo krajowe. W przypadku trybunałów mieszanych nie rozstrzygnięto, który porządek prawny miałby być stosowany. Przedstawiciele doktryny, w tym S. Glaser, wskazują, że intencją autorów traktatu wersalskiego było pociągnięcie do odpowiedzialności winnych, niezależnie od tego, czy działali oni na rozkaz przełożonych, czy też z własnej inicjatywy⁸.

Utworzony przez konferencję pokojową Komitet ds. Odpowiedzialności (Komitet Piętnastu) w przyjętej w marcu 1919 r. uchwale dotyczącej zasad odpowiedzialności za naruszenie praw i zwyczajów prowadzenia wojny odniósł się między innymi do kwestii działania na rozkaz. Rekomendacja ta brzmiała: „Chcemy stwierdzić, że władze cywilne i wojskowe nie mogą być zwolnione od odpowiedzialności przez sam tylko fakt, że wyższa władza może być skazana za to samo przestępstwo. Będzie rzeczą sądu rozstrzygnąć w każdym przypadku, czy obrona stojącej pod zarzutem dokonania czynu osoby, iż działała pod wpływem rozkazu przełożonego, jest dostateczną podstawą do jej uniewinnienia”⁹. Oznaczało to przyjęcie przez Komitet ogólnej zasady, że działanie na rozkaz nie zwalnia od odpowiedzialności. Może być jednak okolicznością od niej uwalniającą, gdy tak uzna sąd

⁷ Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami, podpisany w Wersalu dnia 28.06.1919 r. (Dz.U. z 1920 r. Nr 35 poz. 200). Art. 227 Traktatu wersalskiego przewidywał postawienie w stan oskarżenia przed trybunałem międzynarodowym byłego cesarza Niemiec Wilhelma II Hohenzollerna. Do procesu tego nie doszło. Trudno przy tym przypuszczać, by suweren Rzeszy mógł w trakcie procesu bronić się działaniem na rozkaz. Wątek ten pozostaje więc poza zakresem tego opracowania.

⁸ S. Glaser, *L'ordre hiérarchique en droit pénal international*, „Revue de droit pénal et criminologie” 1952–1953, t. 33, s. 294–298.

⁹ T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie. Bilans i perspektywy*, Kraków 1948, s. 352.

w konkretnej sprawie. Zaproponowano zatem, by ustanowić domniemanie zrównania w tym zakresie wykonawcy rozkazu z rozkazodawcą. To uwolnienie od odpowiedzialności miało być jednak – w przypadku wykonawcy przestępczego rozkazu – wyjątkiem od reguły. Odwołując się do rozumowania opartego na zasadzie *argumentum a maiori ad minus*, a zatem przyjmując, że jeżeli można czynić więcej, to pozwala się także i mniej, należy przyjąć, że działanie na rozkaz było także uznawane przez Komisję za możliwą do zaakceptowania przez sąd – oczywiście w konkretnym przypadku – okoliczność łagodzącą. Jeśli z jakiegoś powodu można uwolnić oskarżonego od odpowiedzialności, to można też, gdy jednak uzna się go za winnego, wymierzyć mu – z tego właśnie względu – łagodniejszą karę.

Do procesów sprawców zbrodni wojennych popełnionych podczas I wojny światowej przed trybunałami międzynarodowymi nie doszło. Niemcy powołały się na swoje prawo krajowe i odmówiły wydania osób, o których przekazanie państwa sprzymierzone i stowarzyszone wystąpiły. Stanowisko Komitetu ds. Odpowiedzialności miało jednak istotne znaczenie. Był to organ będący „oficjalnym ciałem międzynarodowym”¹⁰, który składał się z wybitnych ekspertów, teoretyków prawa międzynarodowego. Skutecznie wytyczył zatem na przyszłość główny nurt poglądów między innymi w kwestii podstawowych zasad odpowiedzialności za czyny dokonane na bezprawny rozkaz. Należy przy tym pamiętać, że w procesach międzynarodowych, które miały w tym trybie dojść do skutku, w stan oskarżenia mieli zostać postawieni żołnierze strony przegranej i mieli odpowiadać przed wymiarem sprawiedliwości państw zwycięskich. Nie powinno zatem dziwić, że nie stawiały one utrzymywania dyscypliny wojskowej w armiach państw pokonanych za cel swojej polityki karnej, w tym tej prowadzonej w wymiarze międzynarodowym.

Niewielka część osób, o których wydanie wówczas wnioskowano, została osądzona w latach 1921–1927 przez Trybunał Rzeszy w Lipsku na podstawie niemieckiego wojskowego prawa karnego. Państwa sprzymierzone i stowarzyszone wyraziły na to zgodę. Procesy te – ze względu na uniewinnienie dużej części oskarżonych i wymierzenie pozostałym bardzo łagodnych wyroków – zyskały miano „farsy lipskiej”. W przypadku większości osób, które znajdowały się na liście alianckiej,

¹⁰ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 166.

Trybunał Rzeszy odmawiał ich osadzenia już w fazie wstępnej. Stwierdzał, że brak jest podstaw do wniesienia sprawy, gdyż działały one na rozkaz. W pięciu sprawach, spośród tych, do których ostatecznie doszło, oskarżeni bronili się, że działali wówczas na rozkaz swoich przełożonych. Byli to: 1) sierżant Karl Heynen, strażnik brytyjskich jeńców wojennych w kopalni węgla, którego oskarżono o znęcanie się nad nimi; 2) generał major Benno Kruska i generał porucznik Hans von Schack, którym zarzucono, że jako członkowie komendy obozu jenieckiego byli winni śmierci 3 tys. jeńców, gdyż świadomie nie zwalczali tyfusy; 3) admirał Georg Alexander von Müller, szef sztabu Admiralicji, mający odpowiadać za prowadzenie totalnej wojny podwodnej; 4) kapitan marynarki Karl Neumann, który jako dowódca okrętu podwodnego SM UC-67 zatopił oznakowany brytyjski statek szpitalny HMHS „Dover Castle”; 5) porucznik marynarki Johann Boldt i porucznik marynarki Ludwig Dithmar, którzy jako członkowie załogi okrętu podwodnego SM U-86 brali udział w zatopieniu oznakowanego kanadyjskiego statku szpitalnego HMHS „Llandrovery Castle” oraz zatopieniu łodzi z rozbitkami¹¹.

Oskarżeni w czterech pierwszych sprawach zostali uniewinnieni, gdyż działali na wniosek swoich przełożonych. Tylko w jednym przypadku Trybunał Rzeszy zdecydował się na skazanie winnych działania na rozkaz. Była to wyjątkowo odrażająca zbrodnia, która została bardzo mocno nagłośniona w czasie wojny przez media alianckie. Storpedowanie statku szpitalnego i zabicie bezbronnych rozbitków w łodziach ratunkowych uznano za oczywiste złamanie prawa. Trybunał stwierdził, że „rozkaz nie usprawiedliwia oskarżonych, jeżeli jest rzeczą oczywistą, że jest sprzeczny z prawem”¹². W działaniu na rozkaz doszukał się jednak okoliczności łagodzących. Obaj oficerowie zostali skazani na kary po cztery lata pozbawienia wolności. Zginęły wówczas 234 osoby. Porównując sprawy zatopienia statków szpitalnych HMHS

¹¹ Procesy te zostały szczegółowo zrelacjonowane i omówione w pozycjach: G. Hankel, *Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg*, Hamburg 2003; K. Müller, *Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse nach dem Ersten Weltkrieg*, [w:] B.-R. Kern, A. Schmidt-Recla [red.], *125 Jahre Reichsgericht*, Berlin 2006; C. Mullins, *The Leipzig Trials: an Account of the War Criminals' Trials and a Study of German Mentality*, London 1921; D. von Selle, *Prolog zu Nürnberg. Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht*, „Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte” 1997, nr 3–4, s. 192–209.

¹² Cyt. za: J. Ziewiński, dz. cyt., s. 169.

„Dover Castle” (sprawców uniewinniono) i HMHS „Llandrovery Castle” (sprawców skazano), można stwierdzić, za J. Ziewińskim, że „sąd niemiecki uznał – czego oczywiście nie powiedział [wprost] w wyroku – iż zaatakowanie i zatopienie jednostki szpitalnej, pływającej pod znakiem Czerwonego Krzyża, na rozkaz i ze świadomością, że jest to szpital, nie wystarcza do ukarania wykonawcy takiego rozkazu; by pociągnąć [go] do odpowiedzialności, potrzeba było jeszcze – jego zdaniem – zamordowania rozbitków”¹³.

Trybunał Rzeszy orzekał na podstawie – przywoływanego już w tym opracowaniu – niemieckiego wojskowego kodeksu karnego z 1872 r. Odpowiedzialność karna na jego podstawie oparta była na zasadzie umiarkowanego posłuszeństwa i zależna od tego, czy sprawca wiedział o bezprawności czynu. Sąd jednak wyjątkowo liberalnie podchodził do kwestii świadomości sprawców o bezprawności zlecane go im działania. Należy przy tym dodać, że w swoim orzecznictwie organ ten – w ostatecznym rozrachunku – „sprowadzał wszystko do rozkazu jednego człowieka”¹⁴, cesarza Wilhelma II. Dowódca SM UC-67 miał – zdaniem Trybunału Rzeszy – prawo, a wręcz obowiązek zatopić statek szpitalny, gdyż taki otrzymał rozkaz¹⁵. Szef Admiralicji, która rozkaz ten wydała, też nie ponosił za to odpowiedzialności, gdyż i on działał na rozkaz „z góry”. Wilhelm II przebywał zaś jako uchodźca polityczny w Holandii. Uznawano przy tym, że korzystał on – w tym zakresie – z immunitetu panującego¹⁶. Popołniono zbrodnię wojenną, której wszyscy sprawcy byli znani i za którą nikt nie odpowiadał.

¹³ Tamże, s. 169.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Trybunał Rzeszy stwierdził wówczas, że: „Jest ogólnie przyjętą zasadą wojskową, że podwładny musi słuchać rozkazów przełożonego. Obowiązek ten ma zasadnicze znaczenie z punktu widzenia prawa karnego. Konsekwencją tego obowiązku jest, że jeżeli rozkaz stanowi naruszenie prawa karnego, odpowiadać może jedynie przełożony wydający rozkaz. Sztab Admiralicji był najwyższą władzą nad oskarżonym, który był obowiązany wykonywać rozkazy tego sztabu w sprawach służbowych. Jak długo działał on w ich ramach, jest wolny od odpowiedzialności karnej. Dlatego nie może być uznany winnym, skoro zgodnie z tymi rozkazami zatopił okręt szpitalny »Dover Castle«”. Cyt za: J. Ziewiński, dz. cyt., s. 168.

¹⁶ Art. 227 traktatu wersalskiego dotyczył czynów, które dopiero wiele lat później nazwano zbrodnią przeciwko pokojowi. Wyegzekwowanie odpowiedzialności za nią byłoby przy tym w ówczesnych Niemczech niemożliwe. Za popełnienie zbrodni wojennych osądzenia Wilhelma II nie przewidywał nawet traktat wersalski.

Procesy przed Trybunałem Rzeszy nie były prowadzone w oparciu o przepisy prawa międzynarodowego. Stosowano przed nim prawo niemieckie. „Farsa lipska” była jednak bardzo silnym impulsem dla kształtowania treści regulacji prawnomiędzynarodowych w przyszłości. W tym kontekście przedstawiciele doktryny słusznie skonstatowali, że: „Z własnego prawa, które nie zakładało formalnie zasady biernego posłuszeństwa rozkazom przełożonego, sądy niemieckie uczyniły parawan, za którym ukryto przed odpowiedzialnością karną własnych przestępców wojennych. Zignorowano nie tylko [...] poglądy nauki, ale zdeptano także własne prawo, wyznające zasadę umiarkowanego posłuszeństwa. [...] Jedyny wniosek, jaki stąd płynął dla praktyki międzynarodowej, był taki, że w ten sposób nie można w przyszłości kształtować i rozstrzygać odpowiedzialności za zbrodnie wojenne, jeśli chce się pozostać w zgodzie z zasadą sprawiedliwości. Wniosek ten okazał się bardzo cenny”¹⁷.

Nie powinno zatem dziwić, że to właśnie w przepisach dotyczących prowadzenia walki na morzu po raz pierwszy próbowano umieścić regulacje dotyczące odpowiedzialności za wykonywanie bezprawnych rozkazów. W Traktacie waszyngtońskim, dotyczącym użycia okrętów podwodnych i gazów trujących w działaniach wojennych, który został podpisany 6 lutego 1922 r. przez USA, Wielką Brytanię, Francję, Włochy i Japonię, sformułowano regułę, zgodnie z którą wykonawca przestępczego rozkazu, naruszającego prawa wojny, ponosi z tego tytułu pełną odpowiedzialność. Przewidziano, że do tej umowy mogą przystąpić także inne państwa. Zgodnie z art. 3 Traktatu: „Podpisujące Mocarstwa pragnąc zapewnić wykonanie już przez nie uznanych i potwierdzonych praw ludzkości, dotyczących ataku, zaboru i zniszczenia statków handlowych, oświadczają [...], że każdy, kto będąc w służbie któregośkolwiek z Mocarstw, działając na rozkaz lub bez rozkazu przełożonego, naruszy którekolwiek z rzeczonych prawideł, będzie traktowany jako gwałcący prawa wojny i będzie mógł być sądzony i karany, jak gdyby popełnił akt piractwa. Będzie mógł być postawiony przed sądem władz cywilnych lub wojskowych Mocarstwa, w obrębie jurysdykcji którego zostanie ujęty”¹⁸. Przedstawiciele doktryny odnotowują

¹⁷ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 170.

¹⁸ *Treaty relating to the Use of Submarines and Noxious Gases in Warfare*. Washington, 6 February 1922, ICRC, www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/270?OpenDocument (dostęp: 1.10.2012). Tekst polski w: B. Winiarski, *Wybór źródeł do nauki prawa międzynarodowego*, Warszawa 1938, s. 320.

przy tym, że w umowie tej nie wspomniano o możliwości złagodzenia kary z powodu popełnienia takiego przestępstwa na rozkaz. J. Ziewiński słusznie dodaje jednak, że: „Możliwość taka rozumiała się sama przez się; wypływała ona z ogólnych zasad odpowiedzialności przyjętych w prawie wewnętrznym”¹⁹.

Traktat ten nie wszedł w życie z powodu odmowy jego ratyfikacji przez Francję. Stanowił jednak odzwierciedlenie zasady prawa międzynarodowego, zgodnie z którą osoba popełniająca zbrodnię prawa międzynarodowego na rozkaz ponosi za to odpowiedzialność. Nie znaczy to, że zasada ta nie była wówczas kontrowersyjna. Odmienne propozycja, która znalazła się w przygotowanym w 1923 r. przez Komisję Prawników projekcie *Zasad kontroli radia w czasie wojny*, nie została jednak zaakceptowana. Nie stała się nawet przedmiotem dokonywania uzgodnień na forum międzyrządowym²⁰.

2. Zasady norymberskie

Ogrom zbrodni popełnionych w okresie II wojny światowej doprowadził do powstania pierwszych międzynarodowych trybunałów karnych. Wymusił też przyjęcie na poziomie międzynarodowym zasad odpowiedzialności ich sprawców. Prace w tym zakresie prowadziły zarówno rządy, jak i eksperci. Od marca 1941 r. w Cambridge działał już Komitet Prawników, który był złożony z wybitnych ekspertów z państw alianckich, w tym państw okupowanych. Problem odpowiedzialności za działania na rozkaz pojawił się wśród innych wstępnych zagadnień już w kwietniu 1942 r. w kwestionariuszu rozesłanym do członków tego zespołu eksperckiego. Padło w nim pytanie: „Jak daleko skuteczna ma być obrona przez powołanie się na rozkaz zwierzchnika”?²¹ W odpowiedziach wyrażono opinię, że należy ją uwzględnić tylko w niektórych przypadkach. Należy przy tym wziąć pod uwagę

¹⁹ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 171–172.

²⁰ H. Sato, *The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility*, Berlin 2011, s. 41–42.

²¹ M. E. Goold Adams, *Praca międzynarodowej komisji do rekonstrukcji i rozwoju prawa karnego nad zagadnieniem ukarania zbrodni wojennych*, „PiP” 1948, nr 3, s. 98.

stanowisko i rangę przestępcy²² oraz stopień wywartego na niego poprzez wydanie rozkazu przymusu psychicznego²³.

²² Pogląd, że istnienie przymusu, pod jakim działa wykonawca rozkazu, może być zależne m.in. od jego stopnia wojskowego i stanowiska oraz od stopnia wojskowego i stanowiska rozkazodawcy znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie amerykańskich organów orzekających po zakończeniu II wojny światowej. *Trial of Lieutenant General Shigeru Sawada and three others, U.S. Military Commission, Shanghai, 27 February 1946 – 15 April 1946*, [w:] *The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, t. V, London 1949, s. 18–19. Znany jest także z orzecznictwa powojennych sądów włoskich. Przykładem jest sprawa SS-Obersturmbannführera (podpułkownika) Herberta Kapplera, który jako szef SD i Gestapo w Rzymie w 1944 r. wydał rozkaz zamordowania 335 obywateli włoskich. Uczynił to na rozkaz A. Hitlera, który polecił rozstrzelać po 10 Włochów za każdego z 32 niemieckich żołnierzy zabitych w zamachu na Via Rasella. W Jaskiniach Ardeatyńskich zamordowano jednak o 15 osób więcej – skoro od poniesionych ran zmarł kolejny Niemiec, Kappler uznał, że sam podniesie liczbę rozstrzeliwanych o 10; w wyniku pomyłki zabito jednak jeszcze kolejne 5 osób więcej. Włoski Rzymski Trybunał Wojskowy w 1948 r. uwolnił go od zarzutu zabójstwa 320 Włochów. Stwierdził, że nie był on w stanie ocenić bezprawności rozkazu, gdyż pochodził on od głowy państwa i naczelnego dowódcy. Dysproporcja rangi między wydającym a wykonującym bezprawny rozkaz, a zatem i moralna presja, była – zdaniem włoskiego sądu – tak wielka, że H. Kappler nie był w stanie dokonać obiektywnej oceny. Został jednak skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności za zabójstwo 15 „nadliczbowych” osób, o których zabiciu zdecydował z własnej inicjatywy. *Kappler and others, Italy, Rome Military Tribunal (Tribunale militare territoriale)*, wyrok z dnia 20.07.1948 r., nr 631, „*Foro penale*” 1948, s. 603–622. Włoski Najwyższy Trybunał Wojskowy utrzymał w mocy ten wyrok orzeczeniem z 1952 r. *Kappler (Appeal), Italy Supreme Military Tribunal*, wyrok z dnia 25.10.1952 r., „*Revue de droit international*” 1953, s. 193–199. Są to orzeczenia uznawane z tego powodu za bardzo kontrowersyjne. A. Cassese, dz. cyt., s. 236–237. Teza w nim zawarta została odrzucona w wyroku rzymskiego sądu kasacyjnego z 1998 r. w sprawie SS-Sturmabführera (majora) Karla Hassa i SS-Hauptsturmführera (kapitana) Ericha Priebke, którzy bezpośrednio dowodzili żołnierzami dokonującymi egzekucji w Jaskiniach Ardeatyńskich. *Hass and Priebke, Supreme Court of Cassation (Corte Suprema di Cassazione, Sezione I Penale), Judgement in Trial of Third Instance, No. 1295, 16 November 1998*, „*Rassegna della Giustizia Militare*” 1999, nr 4–6, s. 145.

²³ Stopień tego przymusu jest niekiedy w orzecznictwie różnicowany, w zależności od tego, czy rozkaz był wydany na polu bitwy, czy też w warunkach, gdy istniała możliwość jego dokładnego przeanalizowania. *Kotälla, Amsterdam Special Criminal Court, First Chamber (Bijzondere Gerechtshof te Amsterdam, eerste Kamer)*, *Judgment of 14 December 1948*, „*Bijlage bij de Handelingen van de Tweede Kamer der Staten-Generaal*” 1971/1972, nr 4, s. 1–8; *United States v. William L. Calley, Court of Military Appeals, Judgment of 21 December 1973*, „*United States Court of Military Appeals Reports*” 1973, t. 22, s. 534. Zob. A. Cassese, dz. cyt., s. 239–240; M. E. Goold Adams, dz. cyt., s. 98; K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford 2001, s. 263–264 i 267.

Podkomitet w składzie: J. M. de Moor, A. L. Goodhard i H. Lauterpacht uznał przy tym, że gdyby alianci całkowicie odmówili żołnierzom państw Osi prawa do powoływania się przed sądami na rozkaz przełożonego, to mogłoby to doprowadzić do osłabienia dyscypliny w ich własnych armiach. Uznał zatem, że każda sprawa powinna być oceniana indywidualnie, z uwzględnieniem stanowiska i rangi oskarżonego²⁴.

Prace w tym zakresie prowadziło także Międzynarodowe Zgromadzenie Londyńskie, które także było gremium prawniczym zajmującym się między innymi analizą zasad karania zbrodni wojennych. W jego ramach działała Komisja ds. Zbrodni Wojennych, której przewodniczącym był gen. M. de Baera. Przyjęła ona zalecenia, które miałyby mieć w przyszłości zastosowanie w orzekaniu w sprawach zbrodni wojennych. Postulowała ona przyjęcie następujących zasad:

- „1. Rozkaz popełnienia przestępstwa, wydany przez przełożonego podwładnemu, sam przez się nie uchyla karalności; sąd może jednak rozważyć w konkretnych przypadkach, czy podwładny wskutek rozkazu nie działał pod przymusem i w zależności od stopnia tego przymusu uniewinnić go lub złagodzić karę.
2. W dwóch wypadkach obrona oskarżonego, iż działał pod przymusem z powodu rozkazu, nie może być uwzględniona, a mianowicie wtedy gdy:
 - czyn przestępny był odrażający i niegodziwy (jak np. klucie dzieci bagnetem);
 - oskarżony w chwili popełnienia przestępstwa należał do organizacji, której członkowie byli obowiązani do wykonania zbrodniczych rozkazów”²⁵.

Ostatni z wyrażonych tu poglądów był niezwykle interesujący. Przyjmowano w nim, że członkostwo w organizacjach i grupach zbrodniczych uchylało możliwość powoływania się na rozkaz otrzymany w ramach takiego podmiotu. Już samo dobrowolne stanie się jego członkiem oznaczało zgodę na wykonywanie zbrodniczych poleceń. Skoro sama organizacja lub grupa jest zbrodnicza, to również taki

²⁴ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 178.

²⁵ Cyt. za: J. Ziewiński, dz. cyt., s. 179. Zob. M. de Baer, *Prace przygotowawcze nad represją zbrodni wojennych 1941–1943*, „PiP” 1948, nr 3, s. 5–13.

charakter mają wydawane w jej ramach polecenia, nawet gdy mają formę rozkazów, także gdy pozornie nie mają bezprawnego charakteru. Zbrodniczy cel osiągnięty jest przez zbrodnicze środki.

Problem odpowiedzialności za wykonanie bezprawnego rozkazu był też oczywiście przedmiotem obrad organów międzyrządowych. Zajmowała się nim Komisja Narodów Zjednoczonych do Spraw Zbrodni Wojennych, w której skład wchodził przedstawiciel państw alianckich. To konkretne zagadnienie stało się zaś przedmiotem prac jej Komitetu III (Prawnego), który opracowywał kwestie prawa materialnego. J. Ziewiński wskazuje, że: „Podstawą do dyskusji nad tym zagadnieniem była wstępna teza – rozkaz nie zwalnia od odpowiedzialności, jeżeli był on w sposób tak oczywisty sprzeczny z prawem, że człowiek o przeciętnej inteligencji i doświadczeniu (z uwzględnieniem stanowiska) zdawał sobie sprawę lub powinien zdawać sobie sprawę, iż rozkaz ten był bezprawny. Sąd jednak powinien rozważyć w konkretnych przypadkach, czy nie zachodził nieodporny przymus, któremu wykonawca rozkazu nie mógł się oprzeć, i w jakim stopniu ów przymus może stanowić podstawę do złagodzenia kary lub uniewinnienia”²⁶. Ostatecznie Komisja nie przyjęła stanowiska w takim brzmieniu. Wyraziła pogląd, że rozkaz sam przez się nie uwalnia od odpowiedzialności, jeżeli popełniona została zbrodnia wojenna. Komisja przyjęła też zalecenie, że decyzję w takich sprawach należy pozostawić sądowi, a zatem każdy przypadek musi być rozpatrywany indywidualnie²⁷. Osiągnięciem było ustalenie, że uniwersalną zasadą jest odpowiedzialność za wykonanie bezprawnych rozkazów²⁸.

Wobec niewiejsia w życie Traktatu waszyngtońskiego, dotyczącego użycia okrętów podwodnych i gazów trujących w działaniach wojennych, pierwszą umową międzynarodową regulującą zakres odpowiedzialności wykonawców rozkazów za popełnienie zbrodni międzynarodowych było porozumienie londyńskie z 8 sierpnia 1945 r.²⁹ W art. VIII załączonego do tego porozumienia Statutu

²⁶ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 180–181.

²⁷ T. Cyprian, J. Sawicki, dz. cyt., s. 355. Zob. także: M. Muszkat, *Komisja Narodów Zjednoczonych do Spraw Zbrodni Wojennych*, „PiP” 1948, nr 3, s. 50; J. Ziewiński, dz. cyt., s. 181–182.

²⁸ S. Glaser, *Droit international pénal (Son origine, son état actuel et son développement)*, „L’indice penale” 1968, s. 313.

²⁹ Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, Londyn, 8.08.1945 r. (Dz.U. z 1947 r. Nr 63 poz. 367).

Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (Trybunału Norymberskiego) przesądzono, iż: „Okoliczność, że oskarżony działał w wykonaniu rozkazu swego rządu albo swego zwierzchnika, nie zwalnia go od odpowiedzialności; może jednak spowodować złagodzenie kary, o ile Trybunał uzna, że wymaga tego sprawiedliwość”. Było to jedno z najważniejszych zagadnień prawnych, przed którymi miał stanąć ten pierwszy z działających międzynarodowy trybunał karny. Był to bowiem najbardziej popularny sposób obrony zbrodniarzy hitlerowskich³⁰. Założenie, że działanie na rozkaz lub polecenie przełożonego uwalniałoby od odpowiedzialności za popełnienie zbrodni międzynarodowych praktycznie uniemożliwiałoby wymierzenie im sprawiedliwości. Rozstrzygnięto zatem, i to już na poziomie prawa powołującego Trybunał Norymberski, że działanie na rozkaz nie uwalnia od odpowiedzialności. Umożliwiono jednocześnie uwzględnienie sytuacji specyficznych, nietypowych, które mogły doprowadzić do wzięcia pod uwagę okoliczności łagodzących³¹.

³⁰ Przykładowo SS-Obersturmbannführer (podpułkownik) Rudolf Höss, komendant obozu koncentracyjnego w Auschwitz, odpowiedzialny za wymordowanie milionów ludzi, w czasie procesu przed polskim Najwyższym Trybunałem Narodowym (NTN), toczącego się w dniach 11–29.03.1947 r., oświadczył, że: „Każdy Niemiec, każdy oficer SS zrobiłby na moim miejscu to samo. [...] Rozkaz był rozkazem, a my chcieliśmy wygrać wojnę” (cyt. za: T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy wielkich zbrodniarzy wojennych w Polsce*, Warszawa 1949, s. 10). Argumentował, że „skoro [...] otrzymał takie rozkazy, to jako dobry żołnierz i wysoki oficer SS nie mógł nawet w myśli poddawać w wątpliwość ich słuszności” (Tamże). Analogicznie bronił się przed tym sądem także Artur Greiser, Gauleiter Kraju Warty, który w trakcie procesu mającego miejsce w dniach 21.06–7.07.1946 r. argumentował m.in., że wykonywał wyłącznie rozkazy najwyższych władz III Rzeszy, w szczególności A. Hitlera oraz szefa SS H. Himmlera (Tamże, s. 18–19). NTN stwierdził, że: „Oskarżony odpowiada więc w ramach własnej tezy dowodowej [...], gdy spełniał rozkazy Führera spisku faszystowsko-hitlerowskiego, tak jak odpowiada za [...] wszystkie rozkazy (zarządzenia, zlecenia, pouczenia) wydane bezpośrednio czy pośrednio podwładnym mu funkcjonariuszom partyjnym i administracyjnym [...]” (cyt. za: Tamże, s. 19). T. Cyprian i J. Sawicki podsumowali ten wątek procesów przed NTN stwierdzeniem, że: „Zgodnie z nowoczesną teorią i praktyką prawa karnego porównawczego nie każdy »rozkaz przełożonego« wolno wykonać podwładnemu. W prawie wojskowym, między innymi i w niemieckim, posłuszeństwo jest podstawą stanowiska żołnierza. Ale nawet w tym rygorystycznym prawie wojskowym nie należy ujmować dyscypliny posłuszeństwa i karność w sensie ślepego posłuszeństwa wobec wszelkich rozkazów. Posłuszeństwo obowiązuje wobec rozkazów zgodnych z prawem, nie zaś nawołujących do popełnienia przestępstwa. Wykonanie przestępnego rozkazu przełożonego będzie zawsze stanowiło przestępstwo, za które sprawca odpowiadać będzie na równi z rozkazodawcą” (Tamże, s. 19).

³¹ L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985, s. 38.

Regułą stała się odpowiedzialność za wykonanie przestępczego rozkazu³². Dla uwolnienia się od niej nie można było skutecznie powołać się na otrzymanie takiego polecenia. J. Ziewiński słusznie ocenił, że: „Jest to stanowisko różniące się od przyjętych w tym przedmiocie zasad w systemach prawa karnego wewnętrznego, które odpowiedzialność za wykonanie bezprawnego rozkazu opierają na koncepcji umiarkowanego posłuszeństwa. Tam bowiem zasadą jest posłuszeństwo rozkazom w ogólności i nieodpowiedzialność podwładnego za skutki ich wykonania, wyjątkiem zaś odpowiedzialność, gdy przy tym spełnione zostaną pewne warunki przedmiotowe i podmiotowe”³³.

Myśl, że możliwe jest złagodzenie odpowiedzialności, „o ile Trybunał uzna, że wymaga tego sprawiedliwość”, znalazła swoje rozwinięcie w jego wyroku. Uznał on, że najistotniejsze znaczenie ma w tym zakresie okoliczność, w jakim stopniu, mimo podporządkowania, wykonawca rozkazu miał faktyczną możliwość dokonania wyboru między decyzją o wykonaniu lub o odmowie wykonania rozkazu.

Trybunał stwierdził, że: „Postanowienie art. VIII [Statutu] zgodne jest z prawem narodów. Okoliczność, że żołnierz otrzymał rozkaz zabijania lub znęcania się z pogwałceniem prawa wojny, nigdy nie była uznawana za dostateczną obronę, chociaż, jak Statut przewiduje, rozkaz może stanowić podstawę do złagodzenia kary. Miernikiem w takim przypadku jest nie samo istnienie rozkazu, lecz możliwość faktycznego dokonania wyboru przy powzięciu decyzji”³⁴.

Kwestia ta nie była jednak wówczas szerzej rozważana, gdyż oskarżeni w tym procesie byli raczej rozkazodawcami niż ich wykonawcami. Powoływali się oni oczywiście na spełnianie rozkazów, zwłaszcza wodza i kanclerza Niemiec, naczelnego dowódcy sił zbrojnych Adolfa Hitlera. Nie byli jednak w stanie przytoczyć argumentów na rzecz tezy, że wykonując je, nie mieli możliwości wyboru. Jak wskazuje L. Gardocki: „Przeciwnie, z zebranych w procesie dowodów wynikało, że wykonywali oni te rozkazy gorliwie i nie zgłaszając zastrzeżeń. Wypracowana w procesie norymberskim koncepcja traktowania rozkazu miała więc raczej większe znaczenie w późniejszych procesach sprawców zbrodni hitlerowskich, działających na niższych szczeblach hierarchii

³² G. Mettraux, *Trial at Nuremberg*, [w:] W. Schabas, N. Bernaz [red.], *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Abingdon – New York 2013, s. 7.

³³ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 185–185.

³⁴ T. Cyprian, J. Sawicki [opr.], *Materiały norymberskie*, Warszawa 1948, s. 200.

wojskowej”³⁵. J. Ziewiński stwierdza z kolei, że: „W procesie głównych zbrodniarzy wojennych (niemieckich) nie została wykazana niemożliwość dokonania wyboru między nieposłuszeństwem a zbrodnią. Nie było także przekonujących dowodów, że oskarżeni stawiali jakikolwiek opór zbrodniczym rozkazom, jakiego można by się spodziewać po przyzwoitych ludziach”³⁶.

Proces norymberski dostarcza jednak dwóch przykładów, że – w pewnym zakresie – można było odmówić wykonywania zbrodniczych poleceń nawet w państwie totalitarnym, takim jakim była III Rzesza. Pierwszym z nich jest baron Konstantin von Neurath, który w latach 1932–1938 był ministrem spraw zagranicznych Niemiec w rządach Franza von Papena, Kurta von Schleichera i Adolfa Hitlera, a następnie ministrem bez teki i przewodniczącym Tajnej Rady Gabinetowej. W latach 1939–1941 pełnił – równoległe z urzędem ministerialnym – funkcję Protektora Rzeszy dla Czech i Moraw. Konstantin von Neurath, choć wykonywał polecenia swojego bezpośredniego przełożonego Adolfa Hitlera, nie czynił tego w sposób goryliwy oraz w nieskończoność. Skazano go za udział w spisku oraz popełnienie łącznie wszystkich rodzajów zbrodni międzynarodowych, które przewidziano w Statucie Trybunału: zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości. W takiej sytuacji dla Trybunału Norymberskiego normą było wymierzenie kary śmierci.

Za okoliczność łagodzącą uznano jednak usiłowanie złagodzenia przez von Neuratha polityki na zarządzanym obszarze oraz to, że – wobec bezskuteczności tych działań oraz zapowiedzianej intensyfikacji zbrodniczej polityki – w 1941 r. złożył on rezygnację. Gdy Hitler jej nie przyjął, von Neurath udał się na urlop i odmówił wykonywania obowiązków Protektora Rzeszy dla Czech i Moraw. Nie był to przy tym okres klęsk, a czas zwycięstw III Rzeszy. Odtąd obowiązki Protektora faktycznie wykonywali jego kolejni zastępcy: SS-Obergruppenführer i generał Policji Reinhard Heydrich oraz SS-Oberst-Gruppenführer i generał pułkownik Policji Kurt Daluege. Definitywne przyjęcie tej rezygnacji nastąpiło w 1943 r. Konstantin von Neurath z okazji swoich siedemdziesiątych urodzin otrzymał wtedy od Hitlera stopień

³⁵ L. Gardocki, dz. cyt., s. 56.

³⁶ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 186.

trzygwiazdkowego generała SS (SS-Obergruppenführera) i nagrodę w wysokości 250 tys. marek³⁷.

Jak widać, nawet w takim państwie jak III Rzesza istniała możliwość niewykonywania wszystkich poleceń dyktatora, a konsekwencją tego nie musiała być wcale śmierć lub osadzenie w obozie koncentracyjnym. W tym przypadku było to przyjęcie rezygnacji oraz przyznanie – mających zabezpieczyć przyszłość – przywilejów. Adolf Hitler wprost wyrzucał przy tym von Neurathowi zbytnią miękkość. Trybunał Norymberski uwzględnił ten fakt jako okoliczność łagodzącą i wymierzył generałowi SS karę zaledwie 15 lat więzienia. Był to drugi pod względem łagodności kary wyrok skazujący wymierzony przez ten sąd międzynarodowy. Ze względu na zły stan zdrowia więzień został zwolniony już po odbyciu nieco ponad jej połowy. Zmarł dwa lata później³⁸.

Konstantin von Neurath miał możliwość faktycznego wyboru i z niej skorzystał, składając rezygnację. Mógł uznać, że po nim przyjdą następcy, którzy już bez skrupułów i z przekonaniem wykonają kolejne zbrodnicze polecenia Hitlera. Tak też się stało. Jednak von Neurath nie brał już w tym udziału. Postąpił tak, nie przyjmując – prezentowanej w takich przypadkach przez wielu – tezy, że rezygnacja nie pomoże przecież ofiarom, gdyż znajdzie się zawsze ktoś inny, kolega, współtowarzysz, następca, który wykona, może nawet gorliwiej, przestępcze rozkazy. Trybunał Norymberski uznał, że podejmowane wbrew intencjom i poleceniom przełożonego działania na rzecz złagodzenia reżimu okupacyjnego są podstawą do wymierzenia kary łagodniejszej niż kara innych sprawców, którym również udowodniono popełnienie wszystkich rodzajów zbrodni międzynarodowych pozostających w jego jurysdykcji. Można też – z ogromną dawką prawdopodobieństwa – przypuszczać, że ich kontynuowanie zaprowadziłoby von Neuratha na szafot.

Drugim dowodem na to, że można było odmówić wykonywania przestępczych rozkazów, stały się niektóre działania Alberta Speera,

³⁷ Określenie „trzygwiazdkowy generał SS” jest zamerykanizowaniem, ale też i spolonizowaniem nazwy tej rangi. Od 1942 r. oznaką tego stopnia były trzy liście dębowe i dwa romby na patkach kołnierza munduru. Był to trzeci stopień generalski, będący – pod względem pozycji w hierarchii generalskiej – odpowiednikiem polskiego generała broni. G. Williamson, *Die SS – Hitlers Instrument der Macht*, Klagenfurt 1994, s. 251.

³⁸ Na temat działalności K. von Neuratha zob. J. L. Heineman: *Hitler's First Foreign Minister. Constantin Freiherr von Neurath, Diplomat and Statesman*, Berkeley 1979. Zob. także: T. Cyprian, J. Sawicki, *Ludzie i sprawy Norymbergi*, Poznań 1967, s. 140–141; L. Gardocki, dz. cyt., s. 47 i 59.

który był głównym architektem Adolfa Hitlera, szefem organizacji Todta (po śmierci Fritza Todta), ministrem do spraw uzbrojenia i amunicji oraz generalnym pełnomocnikiem do spraw uzbrojenia. T. Cyprian i J. Sawicki – nieskorzy bynajmniej do słów uznania dla hitlerowców – stwierdzają wręcz, że: „Był on – jeżeli to można tak określić – jedynym oskarżonym budzącym pewny szacunek”³⁹. W świetle późniejszych badań okazało się jednak, że obraz „przywóitego narodowego socjalisty”, który kreował dla siebie A. Speer, nie miał nic wspólnego z prawdą historyczną, bowiem dopiero po jego śmierci światło dzienne ujrzały dokumenty, z których wynika między innymi, że świadomie brał udział w budowie obozów koncentracyjnych⁴⁰. Gdy jednak Hitler wydał tak zwany rozkaz Nerona z 19 marca 1945 r. (*Befehl betreffend Zerstörungsmaßnahmen im Reichsgebiet*)⁴¹, nakazujący stosowanie polityki spalonej ziemi, Speer odmówił jego wykonania i poprosił autora o jego uchylenie. Przywołany do porządku formalnie posłuchał polecenia przełożonego. Następnie jednak, jako członek rządu odpowiedzialny za wykonanie tego aktu, sabotował jego realizację. Poszczególnym gauleiterom, którzy w swoich okręgach (*Gau*) byli komisarzami obrony Rzeszy, oraz wyższym dowódcom wojskowym wydawał polecenia niewykonywania rozkazu na podległych im obszarach⁴².

T. Cyprian i J. Sawicki opisując tę sytuację, stwierdzają, że A. Speer „był człowiekiem odważnym. Gdy Hitler w ostatnich tygodniach wojny wydał rozkaz zupełnego zniszczenia w Niemczech wszelkich urządzeń użyteczności publicznej, komunikacji, szpitali, elektrowni, gazowni, mostów, by zostawić aliantom pustynię i wtrącić naród niemiecki w zagładę, na jaką zasłużył, gdyż nie okazał się godny Hitlera – Speer, znajdujący się wówczas poza Berlinem, rozkaz ten na własną rękę odwołał, a następnie przedostał się do Berlina i otwarcie przyznał się Hitlerowi do odwołania, ryzykując natychmiastowe rozstrzelanie. Hitler zrezygnował jednak z represji wobec Speera [...]”⁴³.

³⁹ T. Cyprian, J. Sawicki, *Ludzie...*, dz. cyt., s. 139–140.

⁴⁰ Zob. M. Schmidt, *Albert Speer: Das Ende eines Mythos. Speers wahre Rolle im Dritten Reich*, Bern–München 1982.

⁴¹ Tekst w: H. R. Trevor-Roper [opr.], *Blitzkrieg to Defeat: Hitler's War Directives, 1939–1945*, New York 1965, s. 206–207.+

⁴² G. Sereny, *Albert Speer: His Battle with Truth*, New York 1995, s. 498–504.

⁴³ T. Cyprian, J. Sawicki, *Ludzie...*, dz. cyt., s. 140.

Jest to kolejny przykład, że nawet w klasycznych systemach totalitarnych istnieje możliwość niewykonania – a nawet sabotowania – przestępczego rozkazu. Działanie takie nie musi się też automatycznie skończyć represjami wobec osoby, która się go podejmuje. W kontekście tej sprawy nie można jednak nie zwrócić uwagi na fakt, że Speer sabotował przestępczy rozkaz wydany na szkodę jego narodu. Nie czynił tego jednak, gdy chodziło o takie działania wobec innych narodów. Został przez Trybunał Norymberski uznany za winnego popełnienia zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko ludzkości. Przyznał się do organizowania masowych deportacji robotników przymusowych do Niemiec. Uznał w tym zakresie swoją winę oraz wyraził skruchę i ubolewanie. Skazano go na 20 lat pozbawiania wolności. Opuścił więzienie po wykonaniu całej kary. Zmarł 15 lat później.

Trybunał Norymberski w swoim wyroku rozstrzygnął ponadto trzy ważne kwestie związane z rozkazem. Po pierwsze, uznał, że normy prawa międzynarodowego bezwzględnie należy stosować przed normami prawa krajowego. Stwierdził, że: „Istotną treścią Statutu jest to, że na jednostkach spoczywają obowiązki międzynarodowe silniejsze niż obowiązki posłuszeństwa wobec poszczególnego państwa”. Po drugie, Trybunał Norymberski stanął na stanowisku, że sprawca zbrodni międzynarodowej nie może skutecznie zasłaniać się działaniem na rozkaz, nawet jeśli w świetle prawa krajowego obrona taka byłaby skuteczna. Nieodpowiedzialność w świetle prawa krajowego nie przesądza bowiem o braku odpowiedzialności w sferze karnomiędzynarodowej. Po trzecie, wreszcie naruszenie prawa międzynarodowego w wyniku wykonania rozkazu może być jedynie podstawą do złagodzenia kary. Istotny w tym zakresie jest jednak nie sam fakt istnienia rozkazu, który jest przecież instytucją prawa krajowego, a nie międzynarodowego; decyduje sytuacja, w jakiej znajdował się wykonawca rozkazu, o ile nie pozwalała mu ona dokonać swobodnego wyboru między odmową posłuszeństwa a popełnieniem międzynarodowego deliktu na rozkaz⁴⁴.

Warto przy tym odnotować, że rozważania te zostały sformułowane przez Trybunał Norymberski, który wobec żadnego ze swoich podsądnych nie zastosował – wprost – złagodzenia kary ze względu na działanie na rozkaz przełożonego. Przypadek Konstantina von Neuratha pokazywał, że można było zrezygnować ze stanowiska, z którym było

⁴⁴ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 188.

związane wypełnianie przestępczych rozkazów. Dzięki temu Niemiec uniknął kary najwyższej, na którą zapewne by „zapracował”, gdyby zdecydował się dalej gorliwie wypełniać dyrektywy Adolfa Hitlera.

Analogiczne rozwiązanie prawnomiędzynarodowe, dotyczące zakresu odpowiedzialności za działanie na rozkaz, jak zawarte już wcześniej w Statucie Trybunału Norymberskiego, zostało również włączone do treści art. 6 Statutu Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dla Dalekiego Wschodu (Trybunału Tokijskiego) z 19 stycznia 1946 r. – aktu nadanego przez, będącego organem międzynarodowym, Naczelnego Dowódcę Sił Alianckich na Dalekim Wschodzie generała Douglasa MacArthura⁴⁵. Trybunał Tokijski nie sformułował jednak w tym zakresie własnych koncepcji. Przyłączył się do wywodów z wyroku Trybunału Norymberskiego. Uznał wprost za bardziej celowe uznanie opinii zawartej w tym przedmiocie w wyroku pierwszego międzynarodowego trybunału karnego niż rozpatrywanie tego problemu jeszcze raz na nowo przy użyciu nieco innych – co byłoby w takim przypadku nieuniknione – sformułowań. Stwarzałoby to bowiem pole do kontrowersji poprzez możliwość dokonywania rozbieżnych interpretacji obu stanowisk⁴⁶.

Na gruncie orzecznictwa norymberskiego doktryna formułuje jeszcze jedną zasadę, która ma wynikać z treści prawa międzynarodowego. Statut Trybunału Norymberskiego, ale już nie Trybunału Tokijskiego, przewidywał w art. IX możliwość uznania niektórych grup i organizacji za zbrodnicze. Konsekwencją tego stała się możliwość karania – przez kolejne sądy – za samą przynależność do tych organizacji i grup, bez konieczności przypisywania oskarżonym popełnienia konkretnych przestępstw, innych niż członkostwo w takim podmiocie. Rozwiązanie takie przewiduje art. X Statutu Trybunału Norymberskiego. Taki charakter sąd ten przypisał kierownictwu NSDAP, Sztafetom Ochronnym NSDAP (SS), Służbie Bezpieczeństwa Reichsführera SS (SD) i Tajnej Policji Państwowej (Gestapo). W tym kontekście J. Ziwiński stwierdza, że „organizacje – nawet zalegalizowane przez państwo hitlerowskie – mogą być uznane za przestępcze, a członkowie tych organizacji nie mogą w żadnym zakresie powoływać się na działanie z rozkazu

⁴⁵ *International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter)*, University of Oslo, Faculty of Law, www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml (dostęp: 1.10.2012).

⁴⁶ L. Gardocki, dz. cyt., s. 65.

przełożonego. Doktryna podkreślała, iż nie chodzi o to, że dobrowolny członek takiej organizacji nie może korzystać z przewidzianego złagodzenia kary, ale że w takim przypadku istnienie rozkazu w ogóle nie może być brane pod uwagę, gdyż jednostka wstępująca dobrowolnie do tej organizacji liczyła się z istnieniem w niej rozkazów zbrodniczych i na to się godziła⁴⁷. Należy zgodzić się z tym stanowiskiem. Już wstąpienie do organizacji zbrodniczej, nawet jeśli ma ona charakter korporacji prawa publicznego lub innego legalnie działającego podmiotu prawa krajowego, oznacza popełnienie deliktu międzynarodowego prawa karnego. Otrzymywanie i wykonywanie przestępczych rozkazów w ramach takiego podmiotu jest prostą, bezpośrednią i logiczną konsekwencją przystąpienia do niego.

Ogólniej rzecz biorąc, dobrowolne uczestnictwo lub zaangażowanie się w przedsięwzięcia, co do których z góry wiadomo, jaki będą miały skutek, nie pozwala na skuteczne powoływanie się na późniejszy rozkaz przełożonego jako okoliczność łagodzącą lub zwalniającą od odpowiedzialności za wywołanie tego skutku. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie między innymi w orzecznictwie amerykańskich sądów okupacyjnych działających w Niemczech po zakończeniu II wojny światowej⁴⁸.

3. Obecny stan międzynarodowego prawa karnego

Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 95 (I) z 11 grudnia 1946 r. jednomyślnie potwierdzono i „zatwierdzono” zasady prawa międzynarodowego uznane w Statucie Trybunału Norymberskiego i w jego wyroku. Ich kodyfikację zlecono zaś Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ, która ujęła je w siedmiu punktach i w 1950 r. przedstawiła

⁴⁷ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 188. Zob. także: H. Biernacki, *Wyrok Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze w świetle polskiego prawa i zasad słuszności*, „PiP” 1946, nr 9–10, s. 71. Na temat grup i organizacji niemieckich jako podmiotów postawionych w stan oskarżenia w procesie przed Trybunałem Norymberskim zob. np. K. Karski, *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Warszawa 2009, s. 218–236.

⁴⁸ Zob. np. *Einsatzgruppen Case: Ohlendorf and Others*, [w:] *The United Nations War...*, dz. cyt., t. VIII, s. 91; *Trial of Field Marshal Erhard Milch, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 20 December 1946 – 17 April 1947*, [w:] *The United Nations War...*, dz. cyt., t. VII, s. 40.

Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ⁴⁹. W punkcie IV *Zasad norymberskich* stwierdzono, że: „Fakt, że sprawca działał w wykonaniu rozkazu swego rządu lub swego przełożonego, nie zwalnia go od odpowiedzialności na podstawie prawa międzynarodowego, jeśli miał on rzeczywistą możliwość wyboru moralnego”⁵⁰. Były to ważne stanowiska. Świadczyły one o tym, że zasady zawarte w treści Statutu i wyroku Trybunału Norymberskiego nie były przepisami szczególnymi, kreowanymi dla potrzeb osądzenia zbrodniarzy hitlerowskich. Były to ogólne reguły międzynarodowego prawa karnego, które muszą być stosowane we wszystkich przypadkach⁵¹. Prawo norymberskie

⁴⁹ Zlecenia tego dokonano Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 177 (II) z 21.11.1947 r.

⁵⁰ Tekst *Zasad norymberskich* w: M. Ch. Bassiouni, V. P. Nanda [red.], *A Treatise on International Criminal Law: Crimes and Punishment*, Springfield 1973, t. II, s. 587. Zatwierdzenie *Zasad norymberskich* zostało jednak – Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 488 (V) z 12.12.1950 r. – odroczone do czasu opracowania projektu Kodeksu przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości. Prace nad nim wielokrotnie odraczano i ostatecznie nie został on przyjęty. W swoich kolejnych rezolucjach, dotyczących prac nad projektem Kodeksu, Zgromadzenie Ogólne ONZ nie wracało jednak już więcej do prac nad *Zasadami norymberskimi*, jako odrębnym dokumentem. Zob. rezolucje: nr 897 (IX) z 4.12.1954 r., nr 1186 (XII) z 11.12.1957 r., nr 33/97 z 16.12.1978 r., nr 35/49 z 4.12.1980 r., nr 36/106 z 10.12.1981 r., nr 37/102 z 16.12.1982 r., nr 38/132 z 19.12.1983 r., nr 39/80 z 13.12.1984 r., nr 40/69 z 11.12.1985 r., nr 41/75 z 3.12.1986 r., nr 42/151 z 7.12.1987 r. (zmiana nazwy projektu z Kodeks przestępstw... na Kodeks zbrodni...), nr 43/164 z 9.12.1988 r. oraz nr 44/32 z 4.12.1989 r. Nie można jednak zaprzeczyć, że zdaniem Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ, tak właśnie brzmiały fundamenty międzynarodowego prawa karnego, tj. reguły, które zostały ujęte w Statucie Trybunału Norymberskiego, a następnie rozwinięte w jego wyroku. W takim charakterze są one też przedstawiane przez doktrynę. L. Gardocki, dz. cyt., s. 103; A. Klafkowski, *Zasady norymberskie a rozwój prawa międzynarodowego*, Warszawa 1966, s. 23–25. Jak wskazywali T. Cyprian i J. Sawicki, *Zasady norymberskie* „mają bezwzględną moc obowiązującą”, a zadaniem Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ było deklaratywne i „jasne sformułowanie zasad już ustalonych i obowiązujących”. T. Cyprian, J. Sawicki, *Ludzie...*, s. 457–458.

⁵¹ Odwołanie się wprost do przepisów Statutu Trybunału Norymberskiego oraz *Zasad norymberskich*, jako wyrazu treści międzynarodowego prawa karnego obowiązującego wszystkie państwa i jednostki w trakcie II wojny światowej, oraz kwalifikowanie ówczesnych działań ZSRR w oparciu o przepisy i reguły sformułowane w tych aktach ma miejsce m.in. w treści wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 17.05.2010 r. w sprawie *Kononov v. Lotwie* (skarga nr 36376/04, Wielka Izba) oraz z dnia 16.04.2012 r. w sprawie *Janowiec i inni v. Rosji*, czyli w tzw. sprawie katyńskiej (skargi nr 55508/07 i 29520/09, Izba (Sekcja V)). Są to bowiem reguły uniwersalne. Szerzej zob. K. Kariski, *The Katyn Crime under Nuremberg Principles*, [w:] M. B. Szonert [red.], *Katyn: State-sponsored Extermination; Collection of Essays*, Cleveland 2012, s. 23–25 i 27.

nie jest więc wyrazem arbitralnej woli aliantów, którzy wygrali II wojnę światową, wobec pokonanych Niemiec, a odzwierciedleniem powszechnie obowiązujących norm międzynarodowego prawa karnego⁵².

Myśl ta była dalej rozwijana przez Komisję Prawa Międzynarodowego. W projekcie Kodeksu przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości, który przedstawiła ona Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ w 1954 r., powtórzono ogólną zasadę, zgodnie z którą okoliczność, że jednostka popełniła zbrodnię międzynarodową, wykonując rozkaz rządu lub przełożonego, nie zwalnia jej od odpowiedzialności. Jako wyjątek zaproponowano jednak formułę mówiącą, że w każdym przypadku należało jednocześnie badać, czy sprawca miał możliwość niepodporządkowania się rozkazowi. Jeśli tak, a mimo to przestępczy rozkaz wykonał, to ponosił za to odpowiedzialność. Natomiast gdy takiej możliwości nie miał, to był od niej wolny⁵³. J. Ziewiński słusznie zauważa, że: „To ujęcie zakłada [...], że przypadki, kiedy rozkazobiorca nie będzie miał możliwości przeciwstawienia się przestępczemu rozkazowi, mogą być rzadkie”⁵⁴.

Z kolei w projekcie Kodeksu zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości, który Komisja Prawa Międzynarodowego przyjęła

⁵² Szereg zarzutów niezgodności prawa norymberskiego z ogólnie obowiązującymi zasadami prawa międzynarodowego i prawa karnego podnosili zwłaszcza autorzy niemieccy. Zarzut, iż Trybunał Norymberski nie wziął pod uwagę nieodpowiedzialności tych sprawców, którzy działali w wykonaniu wiążących ich rozkazów, czym naruszył powszechnie obowiązujące przepisy prawa międzynarodowego i prawa karnego, formułował m.in. August von Knieriem, doktor praw, były członek Akademii Prawa Niemieckiego, były członek Zarządu i główny prawnik IG-Farben, oskarżony i uniewinniony w procesie przed amerykańskim Trybunałem Wojskowym nr 6 (sprawa IG-Farben: *USA v. Karl von Krauch i inni*). A. von Knieriem, *Nürnberg. Rechtliche und menschliche Probleme*, Stuttgart 1953, s. 259. Por. H. von Weber, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl*, „Monatsschrift für Deutsche Recht” 1948, nr 2, s. 34–35; P. Fuhrmann, *Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht*, München-Berlin 1963, s. 66. Zob. także: T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie...*dz. cyt., s. 313.

⁵³ Art. 4 projektu Kodeksu przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1954 r. brzmiał: „Okoliczność, że osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa określonego w tym kodeksie działała w wykonaniu rozkazu swojego rządu lub przełożonego, nie zwalnia jej od odpowiedzialności w rozumieniu prawa międzynarodowego, jeżeli z okoliczności w chwili dokonania czynu wynika, że miała ona możliwość niepodporządkowania się temu rozkazowi”. Official Records of the General Assembly. Ninth Session. Supplement No. 9 (A/2693), § 54.

⁵⁴ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 197.

w 1996 r.⁵⁵, cofnięto się wprost do formuły znanej ze Statutu Trybunału Norymberskiego oraz dwóch działających już wówczas trybunałów *ad hoc*: dla byłej Jugosławii (MTKJ) i dla Rwandy (MTKR). Powtórzono więc ogólną zasadę, zgodnie z którą okoliczność, że jednostka popełniła zbrodnię międzynarodową w wykonaniu rozkazu rządu lub przełożonego, nie zwalnia jej od odpowiedzialności. Uznano jednak, że fakt ten może wpłynąć na złagodzenie kary, „o ile będzie tego wymagała sprawiedliwość”. Postanowiono zatem co do zastosowania ewentualnych okoliczności łagodzących pozostawić pełną swobodę organowi orzekającemu.

Podkreślono jednocześnie, że sam fakt działania na rozkaz nie powinien automatycznie powodować złagodzenia kary. Wskazano, że podwładny, który chce uczestniczyć w przestępczym działaniu niezależnie od istnienia bądź nieistnienia rozkazu, ponosi taką samą odpowiedzialność jak rozkazodawca. Na przeciwnym biegunie znajduje się zaś podwładny, który przestępczy rozkaz wykonuje niechętnie, obawiając się poważnych konsekwencji, mogących grozić mu lub jego rodzinie. Okoliczność taka może – zdaniem Komisji – uzasadniać zmniejszenie kary, gdyż wina sprawcy jest w takim przypadku mniejsza. Sformułowanie, że ze złagodzeniem kary możemy mieć do czynienia, „o ile będzie tego wymagała sprawiedliwość”, miało, co podkreślili autorzy projektu, oznaczać, że mogło do niego dojść tylko wtedy, gdy wymagał tego „interes sprawiedliwości”. Zdaniem Komisji, która powołała się przy tym na H. Lauterpachta⁵⁶, sąd powinien w takim przypadku rozważyć, w jakim zakresie obawa poniesienia konsekwencji była uzasadniona oraz jak były one poważne. Komisja mówiła przy tym o „znaczącym ryzyku poważnych konsekwencji”, a nie o jakimkolwiek ryzyku i jakichkolwiek konsekwencjach. Przemyślenia te, jak wskazała Komisja, były przy tym, jej zdaniem, odzwierciedleniem dotychczasowego stanu prawa międzynarodowego, a nie wyrazem chęci jego modyfikacji.

⁵⁵ Tekst art. 5 Kodeksu zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1996 r. z komentarzem Komisji w: *Yearbook of the International Law Commission 1996*, vol. II, Part Two: *Report of the Commission to the General Assembly on the work of its forty-eight session*, United Nations (A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2), s. 17–19.

⁵⁶ H. Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, „British Yearbook of International Law” 1944, t. 21, s. 73.

Kodeks ten stał się materialnym dopełnieniem projektu Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, który Komisja przekazała Zgromadzeniu Ogólnemu ONZ w 1994 r.⁵⁷ W związku z zakończeniem prac przez Komisję Prawa Międzynarodowego nad tą problematyką Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 51/207 z 17 grudnia 1996 r. postanowiono zwołać w Rzymie konferencję dyplomatyczną, której powierzono zadanie przyjęcia Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Zasady te znajdują swoje odbicie w treści przyjmowanych po II wojnie światowej aktów prawa międzynarodowego. Ich odzwierciedleniem jest między innymi art. IV Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r.⁵⁸ Stanowi on, że: „Winni ludobójstwa [...] będą karani bez względu na to, czy są konstytucyjnie odpowiedzialnymi członkami rządu, funkcjonariuszami publicznymi czy też osobami prywatnymi”. Jest to przepis ogólny. Doktryna wskazuje jednak, iż: „Przepis ten ustanawia zasadę, że działanie w charakterze urzędowym lub z nakazu – przy popełnianiu zbrodni ludobójstwa – nie wyłącza odpowiedzialności karnej sprawcy tej zbrodni. Nie ma tu również klauzuli dopuszczającej możliwość stosowania z tego tytułu złagodzenia kary; możliwość taka istnieje na zasadach ogólnych, dotyczących wpływu zależności czy przymusu”⁵⁹.

Oznacza to, że działanie na rozkaz przełożonych lub w imieniu państwa nie zwalnia od odpowiedzialności. W trakcie prac przygotowawczych – w projekcie Konwencji – przedstawiono propozycję, by stwierdzić w niej wyraźnie, że „rozkaz władzy wyższej lub nawet nakaz obowiązującego prawa wewnętrznego nie zwalnia od odpowiedzialności”⁶⁰. Uznano jednak, że byłoby to powtarzanie oczywistości.

W przypadku konwencji genewskich o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949 r.⁶¹ mamy do czynienia ze sformułowaniem w nich obowiązku ścigania sprawców ciężkich naruszeń tych traktatów, niezależnie od tego, czy ma to miejsce bez rozkazu, na rozkaz, czy też

⁵⁷ Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 10 (A/49/10), § 91.

⁵⁸ Dz.U. z 1952 r. Nr 2 poz. 9.

⁵⁹ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 194.

⁶⁰ T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo norymberskie...*, dz. cyt., s. 542.

⁶¹ Dz.U. z 1956 r. Nr 38 poz. 171, zał. Zob. Ch. Greenwood, *Historical Development and Legal Basis*, [w:] D. Fleck [red.], *Handbook of International Humanitarian Law*, wyd. 2, Oxford – New York 2008, s. 41–42.

poprzez jego wydanie. Analogiczne rozwiązanie przyjęto także w konwencji haskiej o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 14 maja 1954⁶². W doktrynie mocno podkreśla się w tych przypadkach, że: „Działanie w wykonaniu rozkazu nie może być poczytane sprawcy za okoliczność uchylającą karalność za ciężkie naruszenia konwencji; może być uznane jedynie za okoliczność łagodzącą, chociaż konwencje nie zawierają *expressis verbis* stosownego postanowienia”⁶³.

Jak już wskazano, formuła norymberska została powtórzona w statutach MTKJ i MTKR⁶⁴. Jak stanowią art. 7 ust. 4 pierwszego z nich oraz art. 6 ust. 4 drugiego: „Okoliczność, że osoba oskarżona działała z rozkazu swego rządu lub przełożonego nie uwalnia jej odpowiedzialności karnej, ale może wpłynąć na złagodzenie kary, jeżeli Międzynarodowy Trybunał [...] uzna, że wymaga tego sprawiedliwość”. Jest to formuła znana też z art. 5 projektu Kodeksu zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1996 r.

Kwestia działania na rozkaz jako okoliczności łagodzącej pojawiła się w trakcie prac MTKJ w sprawie *Prokurator v. Dražen Erdemović*⁶⁵. Oskarżony – bośniacki Chorwat wcielony do armii bośniackich Serbów (*Bojčka Penyблуке Српске*, VRS) – odpowiadał za zabójstwa bośniackich Muzułmanów ze Srebrenicy. Wśród wielu okoliczności łagodzących uwzględniono wówczas to, że był on żołnierzem niskiej rangi, szeregowym, który działał pod presją wydawanych mu rozkazów. Nie bez znaczenia był także jego młody wiek w czasie popełnienia czynu (23 lata) oraz fakt, że sam zgłosił się do Trybunału i z nim współpracował, przyznał się do winy, a także wyraził skruchę. W mediach przedstawiano go jako zbrodniarza, który miał wyrzuty sumienia

⁶² Dz.U. z 1957 r. Nr 46 poz. 212, zał.

⁶³ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 195. Zob. także: A. Klafkowski, dz. cyt., s. 78–80; J. Sawicki, *Problem odpowiedzialności karnej w konwencjach o ochronie ofiar wojny a kodyfikacja kodeksu karnego*, „WPP” 1956, nr 1, s. 78–80; A. Zahar, G. Sluiter, *International Criminal Law*, Oxford 2008, s. 425.

⁶⁴ Tekst polski obu statutów w: K. Lankosz [opr.], *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2007, s. 271–282 (dok. 31) i 311–316 (dok. 33).

⁶⁵ *Prokurator v. Dražen Erdemović*, wyrok Izby Procesowej MTKJ z dnia 29.11.1996 r., IT-96-22-T, § 13–20; wyrok Izby Apelacyjnej MTKJ z dnia 7.10.1997 r., IT-96-22-A, § 10 i 12–14; wyrok Izby Procesowej MTKJ z dnia 5.03.1998 r., IT-96-22-Tbis, § 12–13 i 17. Na temat tego procesu zob. M. C. Bassiouni, P. Banikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York 1996, s. 384; A. Casese, dz. cyt., s. 34.

i sam – przez nikogo niezidentyfikowany i nieposzukiwany – oddał się w ręce międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości. Pisano: „O Srebrenicy nie zapomną również mordercy, choćby bardzo chcieli. Przykładem jest Dražen Erdemović – szeregowiec, który znalazł się w plutonie egzekucyjnym. Do wyboru miał – jak zeznał – strzelanie do jeńców lub ustawienie się razem z nimi w jednym szeregu. Nikt o nim nie słyszał, nikt by go nie oskarżał. A jednak sam zgłosił się do Trybunału. Nie wytrzymał”⁶⁶. Faktem jest jednak, że poszukiwali go dawni koledzy z armii bośniackich Serbów, którzy grozili mu śmiercią za ujawnienie ich udziału w masakrze. Został przez nich także postrzelony.

MTKJ nie zgodził się z tezą, że oskarżony ten działał w stanie wyższej konieczności i pod przymusem. Trybunał uznał, że były żołnierz VRS nie był w stanie przedstawić na to żadnych dowodów. Wyrokiem Izby Procesowej MTKJ z dnia 29 listopada 1996 r. został skazany na 10 lat pozbawienia wolności. W kontekście działania na rozkaz i argumentacji braku moralnego wyboru MTKJ stwierdził między innymi, że: „W związku ze zbrodnią przeciwko ludzkości Izba Procesowa uznaje, iż życie oskarżonego i życie ofiary nie są w pełni ekwiwalentne. W przeciwieństwie do reguł powszechnych (ang. *ordinary law*), naruszenie prawa w takim przypadku nie jest wymierzone wyłącznie przeciwko dobru fizycznemu pojedynczej jednostki, ale przeciwko ludzkości jako całości”⁶⁷. Było to znaczące podniesienie poprzeczki w tym zakresie.

Odwolując się od tego orzeczenia, obrona podniosła, że Erdemović był pozbawiony możliwości moralnego wyboru. Było to nawiązanie do treści IV zasady norymberskiej oraz odzwierciedlających ją orzeczeń, w tym – przywoływanego już – wyroku pierwszej instancji w tej sprawie⁶⁸. Wskazano w nim, że: „Brak moralnego wyboru został uznany w wielu przypadkach jako jeden z podstawowych wątków dla rozważania przymusu jako wystarczającej podstawy obrony. Żołnierz może zostać uznany za pozbawionego swojego moralnego wyboru w obliczu

⁶⁶ K. Szczepanek, *Nie wszyscy jesteście Srebreniczczanami*, „Więź” 2005, nr 7, s. 103–109.

⁶⁷ IT-96-22-T, § 19.

⁶⁸ IT-96-22-T, § 18. Zob. także: *Einsatzgruppen case...*, dz. cyt., t. XV, s. 174; *The German High Command Trial, Trial of Wilhelm von Leeb and thirteen others, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 30 December 1947 – 28 October 1948*, [w:] *Einsatzgruppen case...*, dz. cyt., t. XII, s. 72; *I.G. Farben Case, Trial of Karl Krauch and twenty-two others, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 14 August 1947 – 29 July 1948*, [w:] *Einsatzgruppen case...*, dz. cyt., t. X, s. 57. Na temat tych procesów zob. np. A. Cassese, dz. cyt., s. 238–239, 243, 245, 248 i 255.

bezpośredniego fizycznego zagrożenia. Ta fizyczna groźba, rozumiana w orzecznictwie jako zagrożenie dla życia lub powstania poważnego uszkodzenia ciała, musi – w świetle niektórych spraw – spełniać także następujące warunki: musi być wyraźna i występująca w danym momencie (ang. *clear and present*)⁶⁹ oraz bliska, realna i nieunikniona (ang. *imminent, real, and inevitable*)⁷⁰.

Podniesiono także ponownie argument, że Erdemović znajdował się w stanie wyższej konieczności i działał pod przymusem. Na początku 1998 r. oskarżony zawarł porozumienie z Urzędem Prokuratorskim MTKJ. Miało ono związek ze sprawą prowadzoną przeciwko Slobodanowi Miloševićowi. Prokurator wycofał się z zarzutu popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości i poprzestał na zarzucie popełnienia zbrodni wojennej. Stwierdził także, że nie kwestionuje twierdzeń obrony, iż Erdemović działał na rozkaz przełożonych i jego niewykonanie zagrażało jego życiu. Również Trybunał uznał tę linię obrony za prawidłową i ją zaakceptował. Nie badał tych wydarzeń, uznając je za uzgodnione przez oskarżenie i obronę fakt. Za okoliczność obciążającą MTKJ uznał jednak ciężar i skalę popełnionej zbrodni. Wśród wielu przesłanek przemawiających za złagodzeniem kary wymienił zaś działanie pod przymusem. Wyrokiem z dnia 5 marca 1998 r. obniżono ją do 5 lat pozbawienia wolności. Prokurator i obrona wnosili zgodnie o 7 lat! Niecały rok później Erdemović został przedterminowo zwolniony z norweskiego więzienia, gdzie przekazano go w celu odbycia kary. Miało to miejsce już 4 lata po popełnieniu przestępstwa zbrodni. W areszcie i więzieniu Erdemović spędził łącznie 3 lata. W związku z pomocą Trybunałowi w sprawie Miloševicia został objęty programem ochrony świadków.

W tym przypadku MTKJ nie uznał, że działanie na rozkaz wyłącza odpowiedzialność karną, ale przyjął jednak, że może stanowić okoliczność łagodzącą. Należy przy tym stwierdzić, że powoływanie się na taką sytuację przed MTKJ przez oskarżonych miało miejsce stosunkowo rzadko. W kolejnych orzeczeniach Trybunał odnosząc się do tych wniosków, nie zmienił swojego stanowiska przyjętego w sprawie *Prokurator v. Dražen Erdemović*⁷¹.

⁶⁹ *Trial of Friedrich Flick and Five Others, U.S. Military Tribunal, Nuremberg, 20 April – 22 December 1947*, [w:] *Einsatzgruppen case...*, dz. cyt., t. IX, s. 20.

⁷⁰ *Einsatzgruppen case...*, dz. cyt., t. XV, s. 174.

⁷¹ *Prokurator v. Zdravko Mucić i inni*, wyrok z dnia 16.11.1998 r., IT-96-21-T; § 1281; *Prokurator v. Zdravko Mucić i inni*, wyrok z dnia 20.02.2001 r., IT-96-21-A, § 835;

Bardziej liberalne podejście do tego problemu – od dotychczas formułowanych – zawarte jest w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK)⁷². Jak wskazuje szereg przedstawicieli doktryny, w tym między innymi S. Darcy i E. van Sliedregt, jest to odejście od dorobku wypracowanego przez Trybunał Norymberski oraz trybunały *ad hoc*⁷³. Z treści Statutu wynika, że był on tworzony między innymi z myślą, że przed Trybunałem mogą zostać postawieni w stan oskarżenia także obywatele, w tym żołnierze, państw go tworzących. MTK – w przeciwieństwie do trybunałów *ad hoc* – nie jest już sądem dla innych. Jednak również i w jego Statucie za zasadę przyjmuje się ponoszenie odpowiedzialności za wykonywanie przestępczych rozkazów. Propozycje w tym zakresie zostały w trakcie prac przygotowawczych wstępnie zaproponowane przez delegacje Kanady i Francji. Zakładano w nich wprowadzenie wymogu istnienia pewnego poziomu świadomości, na przykład tego, by sprawca zdawał sobie sprawę z bezprawności otrzymanego polecenia (rozkażu). Problem wykonywania przestępczych poleceń i nakazów prawa był jednym z bardziej kontrowersyjnych. W trakcie prac Konferencji Rzymskiej – na zalecenie przewodniczącego grupy roboczej – odbywały się w tym przedmiocie nieformalne spotkania, którym przewodniczyły USA i Kanada⁷⁴.

Odnosząc się do rozwiązań przyjętych w Statucie MTK, należy mieć jednak cały czas w pamięci fakt, że nie jest on aktem regulującym całokształt treści międzynarodowego prawa karnego. Jest on rozwiązaniem prawnym mającym potencjalnie szerokie, choć przecież nieglobalne, zastosowanie. W jego doktrynie regulacje są też niekiedy

Prokurator v. Darko Mrđa, wyrok z dnia 31.03.2004 r., IT-02-59-S, § 67. Na temat linii orzeczniczej MTKJ w tym zakresie zob. szerzej: W. A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge 2006, s. 329–331.

⁷² Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzony w Rzymie dnia 17.07.1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78 poz. 708).

⁷³ Sh. Darcy, *Defences to International Crimes*, [w:] W. Schabas, N. Bernaz [red.], dz. cyt., s. 238.; E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague 2003, s. 341. Zob. także: A. Cassese, dz. cyt., s. 241; P. Gaeta, *The Defense of Superior Orders: the Statute of the International Criminal Code versus Customary International Law*, „European Journal of International Law” 1999, nr 10, s. 172–191; A. Zimmerman, *Superior Orders*, [w:] A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones [red.], *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, t. I, Oxford – New York 2002, s. 957–974.

⁷⁴ M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, t. I, Kraków 2004, s. 604.

przeciwstawiane przepisom powszechnego prawa międzynarodowego⁷⁵. Trzeba jednak pamiętać, że czyny i osoby objęte jurysdykcją MTK mogą być objęte również jurysdykcją innego – przewidzianego przez powszechne prawo międzynarodowe – mechanizmu, na przykład utworzonych *post factum* trybunałów międzynarodowych *ad hoc*, które będą działały na innych niż ten Trybunał, powszechnych zasadach.

Ostatecznie, jak już wskazano, w Statucie MTK przyjęto za zasadę, że wykonawca przestępczego rozkazu ponosi z tego tytułu odpowiedzialność. Sformułowano jednak w tym zakresie pewne wyłączenie. Zgodnie z art. 33 ust. 1 Statutu MTK: „Popelnienie przez sprawcę zbrodni podlegającej jurysdykcji Trybunału na skutek wykonania polecenia rządu albo przełożonego wojskowego lub cywilnego nie zwalnia go od odpowiedzialności karnej, chyba że: (a) na sprawcy ciążył prawny obowiązek wykonania polecenia rządu lub przełożonego; (b) sprawca nie wiedział, że polecenie było bezprawne; (c) polecenie nie było oczywiście bezprawne”. Jest to koniunkcja. Zbrodnie podlegające jurysdykcji MTK to: ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i – po ewentualnym wejściu w życie poprawki z Kampali – zbrodnia agresji⁷⁶.

Polecenia, o których mowa w tym przepisie, to także rozkazy wojskowe. Mogą być one wydane w formie ustnej, pisemnej lub w inny sposób. Muszą zostać skierowane do określonej osoby lub grupy osób. W definicji tej mieszczą się wszelkie formy porozumiewania między przełożonym a podwładnym. Polecenia mogą być adresowane także do ogółu ludności. Jeśli jednak odnosimy się do relacji między przełożonym a podwładnym to formuła „polecenie” („rozkaz”) wymaga, by pierwszy z tych podmiotów miał prawo żądać od tego drugiego posłuszeństwa. W formule art. 33 ust. 1 lit. a) Statutu MTK mieszczą się wszelkie uprawnione do wydawania poleceń organy i instytucje państwa, w tym w szczególności dowódcy i inni przełożeni wojskowi. W doktrynie formułowane są przy tym wątpliwości, czy pojęcie przełożonego obejmuje także sytuacje w obrębie organizacji prywatnych

⁷⁵ Tamże.

⁷⁶ Na temat poprawki z Kampali do Statutu MTK zob. P. Grzebyk, *Definicja zbrodni agresji (po konferencji przeglądowej MTK)*, „PiP” 2011, nr 1, s. 45–58; E. Karska, *Dorobek Konferencji Rewizyjnej Statutu MTK ze szczególnym uwzględnieniem poprawki definiującej zbrodnię agresji*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2010, nr 3, s. 9–39.

(pozarządowych). Podmioty prywatne – na przykład prywatne firmy militarne i ochroniarskie (*Private Military and Security Companies*, PMSCs) – nie mają możliwości stanowienia prawa. Mogą jednak przyjmować adresowane do ich pracowników i posiadające realną moc obowiązującą wewnętrzne regulaminy. Państwo swoim aktem prawnym, na przykład z zakresu prawa pracy, może przy tym tworzyć prawny obowiązek wykonywania poleceń wydawanych w obrębie PMSCs. Z formalnego punktu widzenia są one bowiem zarejestrowanymi podmiotami gospodarczymi, a zatem – pracodawcami. Jak wskazuje w tym kontekście M. Płachta, „przełożeni cywilni muszą posiadać nad osobami popełniającymi zbrodnie kontrolę porównywalną do tej, którą mają dowódcy wojskowi”⁷⁷. Sytuacja taka musi być oceniana indywidualnie. Domniemanie powinno jednak leżeć po stronie przyjęcia, że stronom Statutu chodziło o polecenia wydawane przez władze państwowe. W dzisiejszym świecie prywatyzowania wojny nie można jednak z góry odrzucić tezy, że – w szczególnych przypadkach – także polecenia wydawane w obrębie PMSCs mogą zostać przez MTK uznane za spełniające przesłanki przypisania do nich treści art. 33 ust. 1 lit. a) Statutu MTK⁷⁸.

Należy jednocześnie zwrócić uwagę na fakt, że w art. 33 ust. 2 Statutu MTK przesądzono, że: „W rozumieniu przepisów niniejszego artykułu polecenia popełnienia zbrodni ludobójstwa oraz zbrodni przeciwko ludzkości są oczywiście bezprawne”. Oznacza to, że takiego charakteru nie mają zbrodnie wojenne. Co dziwniejsze – po ewentualnym wejściu w życie poprawki z Kampali – oczywiście bezprawne nie będzie też polecenie popełnienia zbrodni agresji, która jest najcięższym przestępstwem prawa międzynarodowego, co do zasady historycznym źródłem wszystkich innych zbrodni międzynarodowych. Takie selektywne określenie czynów oczywiście bezprawnych jest krytykowane przez doktrynę, w tym między innymi przez R. Cryera, H. Friman, D. Robinson i E. Wilmschurst⁷⁹. Czyni tak również A. Cassese, który wskazuje

⁷⁷ M. Płachta, dz. cyt., s. 602.

⁷⁸ Na temat problemów związanych z odpowiedzialnością podwładnego za wykonanie w ramach PMSCs polecenia bezprawnego z punktu widzenia międzynarodowego prawa karnego zob. O. Quirico, *War Contexts: The Criminal Responsibility of Private Security Personnel*, The European University Institute Working Paper, Academy of European Law, nr 3, San Domenico di Fiesole 2010, s. 11.

⁷⁹ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2007, s. 346.

na możliwość kumulatywnego kwalifikowania niektórych czynów zabronionych przez prawo międzynarodowe. Mogą one być jednocześnie na przykład zbrodnią przeciwko ludzkości oraz zbrodnią wojenną lub zbrodnią ludobójstwa oraz zbrodnią wojenną. Cassese określa konstrukcję Statutu MTK w tym zakresie mianem niekonsekwentnej, czy też wręcz nielogicznej (ang. *inconsistent*). Dodaje, że odtąd każdy funkcjonariusz publiczny, w tym żołnierz, będzie musiał nie tylko oceniać, czy dany czyn, który zamierza popełnić, jest zbrodnią międzynarodową, ale też będzie musiał dokonywać jej kwalifikacji⁸⁰. Stwarza to również pole do szerszego powoływania się na wystąpienie błędu co do prawa, o którym stanowi art. 32 ust. 2 Statutu MTK. Przepis ten mówi bowiem wprost, że błąd co do prawa jest podstawą wyłączenia odpowiedzialności karnej, jeśli wyłącza umyślność albo w sytuacji przewidzianej w art. 33 („Polecenia przełożonego i nakazy prawa”). Błąd co do prawa był dotąd niekiedy wskazywany jako zasadniczo możliwa w obrębie międzynarodowego prawa karnego podstawa zwolnienia od odpowiedzialności karnej. W praktyce jednak nie znajdowano przypadków, gdy konkretne przestępcze działanie mogłoby być uznane za mające charakter, który pozwalałby uwierzyć, że sprawca nie miał świadomości co do takiej jego kwalifikacji⁸¹.

Intencją twórców art. 33 ust. 2 Statutu MTK było wyeliminowanie możliwości powoływania się na brak subiektywnego przekonania o bezprawności takich czynów jak zbrodnia ludobójstwa czy zbrodnia przeciwko ludzkości⁸². Jak słusznie zauważa G. Werle, rezultatem tego przepisu – w przypadku popełnienia którejkolwiek z obu tych zbrodni – jest wprowadzenie zasady nieograniczonej

⁸⁰ A. Cassese, dz. cyt., s. 212–216 i 241. Na temat możliwości zbiegu prawnych kwalifikacji w przypadku jednego przestępstwa międzynarodowego na przykładzie zbrodni katyńskiej zob. także: K. Karski, *Mord Katyński jako zbrodnia ludobójstwa w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 2011, t. 64, nr 2, s. 51–82; K. Karski, *The Katyn Massacre as a Crime of Genocide in International Law*, „The Polish Quarterly of International Law” 2011, t. 20, s. 5–37. Z kolei na temat modeli rozwiązywania zbiegu przepisów karnych zob. P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym: Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 150–245.

⁸¹ A. Cassese, dz. cyt., s. 261–263.

⁸² Na temat prac nad Statutem MTK w tym zakresie zob. szerzej: P. Saland, *International Criminal Principles*, [w:] R. S. Lee [red.], *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues – Negotiations – Results*, The Hague – London – Boston 1999, s. 210–212. Zob. także: I. Bantekas, S. Nash, *International Criminal Law*, London – Sydney – Portland 2001, s. 134–135.

odpowiedzialności⁸³. W założeniu autorów Statutu MTK ich sprawca posiada szczególną świadomość charakteru swoich działań. Przykładowo nie można popełnić ludobójstwa bez zamiaru zniszczenia chronionej grupy w całości lub w części jako takiej. W tym kontekście dziwi brak, mimo pierwotnej propozycji, którą zaprezentowano w trakcie konferencji rzymskiej, przypisania cechy oczywistej bezprawności do zbrodni agresji. Trudno wyobrazić sobie brak świadomości popełniania tej zbrodni międzynarodowej. Gdy przyjmowano Statut MTK w 1998 r. i nie formułowano w nim jeszcze definicji agresji, można było przypuszczać, że wraz z jej zaakceptowaniem na konferencji rewizyjnej treść art. 33 ust. 2 ulegnie modyfikacji. Można było zakładać, że nie chciano kwestii tej przesądzać przed ostatecznym zdefiniowaniem agresji dla celów tego traktatu. W poprawkach do Statutu MTK przyjętych w 2010 r. w Kampali zabrakło jednak tej regulacji. Stało się tak, mimo że w praktyce podjęto wówczas decyzję o recypowaniu do Statutu MTK treści Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 3314 (XXIX) z dnia 14 grudnia 1974 r.⁸⁴ Zbrodnia agresji ma być zatem przestępstwem, którego zasadniczo dopuścić się mogą tylko najwyżsi przywódcy państwowi i dowódcy wojskowi. Są to osoby mające świadomość dokonywania agresji. Nie można tego uczynić przypadkiem czy bezwiednie. W poprawce stwierdza się wręcz, że akt agresji jest czynem stanowiącym „oczywiste naruszenie Karty NZ”⁸⁵ ze względu na „swój charakter, ciężar i skalę”. W Elementach Definicji Zbrodni postanowiono zaś dopisać, że termin „oczywisty”, występujący w odniesieniu do takiego naruszenia Karty NZ, ma charakter obiektywny i nie istnieje potrzeba badania, czy oskarżony miał świadomość oczywistości pogwałcenia tego aktu⁸⁶. Można się oczywiście zgodzić z K. Kittichaisaree, że w praktyce obrona oparta na powoływaniu się na działanie na rozkaz nie będzie skuteczna przy oskarżeniu o popełnienie zbrodni agresji⁸⁷. Takie sformułowanie Statutu MTK, zarówno w jego pierwotnym brzmieniu, jak i w poprawce z Kampali, nie czyni jednak tego traktatu przejrzystym, czego wymaga się od wszystkich aktów z zakresu prawa karnego stanowionych na poziomie krajowym oraz międzynarodowym.

⁸³ G. Werle, *Principles of International Law*, The Hague 2005, s. 157.

⁸⁴ A/RES/3314(XXIX) – *Definition of Aggression*.

⁸⁵ Dz.U. z 1947 r. Nr 23 poz. 90 z późn. zm.

⁸⁶ E. Karska, dz. cyt., s. 21.

⁸⁷ K. Kittichaisaree, dz. cyt., s. 268.

Odnosnie wyłączenia wszystkich zbrodni wojennych, o których mowa w Statucie MTK, z kategorii aktów oczywiście bezprawnych, należy pamiętać, że – zgodnie z Preambułą do tego traktatu – Trybunał posiada jurysdykcję w odniesieniu do ścigania „najpoważniejszych zbrodni dotyczących społeczności międzynarodowej jako całości”. W świetle art. 8 Statutu MTK jego jurysdykcja nie obejmuje wszystkich zbrodni wojennych, a tylko te spośród nich, które stanowią „poważne naruszenia konwencji genewskich z 1949 roku” lub „inne poważne naruszenia praw i zwyczajów prawa międzynarodowego mających zastosowanie do konfliktów zbrojnych”, zarówno międzynarodowych, jak i tych niemających charakteru międzynarodowego. Zgodnie z logiką Statutu MTK zakłada się zatem, że można popełnić zbrodnię wojenną stanowiącą poważne naruszenie międzynarodowego prawa karnego i nie będzie to czyn oczywiście bezprawny. Wydaje się, że nie jest to rozwiązanie zasadne.

W tym kontekście należy jeszcze raz podkreślić, że Statut MTK nie jest aktem o charakterze uniwersalnym. Jego stronami nie są, jak dotąd, między innymi USA, Federacja Rosyjska i Chiny. Rozwiązania zawarte w tym akcie mają zastosowanie wyłącznie w obrębie jurysdykcji powołanego nim do życia organu międzynarodowego. W pewnym zakresie – a z pewnością także tym obecnie omawianym – nie stanowią one kodyfikacji prawa zwyczajowego. Mogą oczywiście z czasem zmienić się w nie lub zostać recypowane do innych umów międzynarodowych. Trudno jednak oceniać, czy – i ewentualnie kiedy – się to stanie. Może nigdy nie nastąpić. Futurologia prawnicza pozostaje mimo wszystko – tym razem – poza sferą naszych rozważań⁸⁸.

⁸⁸ Na temat przyszłego możliwego wpływu reguł znajdujących odzwierciedlenie w Statucie MTK oraz w poprawce z Kampali na treść powszechnego prawa międzynarodowego można znaleźć w: E. Karska, dz. cyt., s. 28–29. Zob. także: K. KarSKI, K. Myszon-Kostrzewa, *Polityka zagraniczna administracji George’a W. Busha w świetle raportu Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy „Stany Zjednoczone Ameryki a prawo międzynarodowe” z 2007 r.: Spojrzenie z perspektywy 2012 roku*, [w:] R. M. Czarny, K. Spryszak [red.], *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, t. 5: *Integracja europejska i stosunki międzynarodowe*, Toruń 2012, s. 841–844.

Podsumowanie

Jedną z podstawowych zasad klasycznego międzynarodowego prawa karnego – znajdującą swoje odzwierciedlenie między innymi w *Zasadach norymberskich* – stanowi, że popełnienie przez podwładnego czynu zabronionego przez prawo międzynarodowe pod groźbą kary na rozkaz przełożonego nie uchyla karalności popełnionego w ten sposób przestępstwa. Zgodnie ze standardami norymberskimi sprawca zbrodni międzynarodowej, także tej popełnionej w wyniku wykonania rozkazu, ponosi z tego tytułu odpowiedzialność karną. W pewnych sytuacjach działanie na bezprawny rozkaz może jednak stanowić okoliczność łagodzącą.

Państwa stoją w tym zakresie między koniecznością ochrony dwóch wartości: obowiązku niedopuszczenia do popełniania zbrodni międzynarodowych oraz konieczności zachowania dyscypliny wojskowej. Społeczność międzynarodowa nie posiada zaś jako całość swoich sił zbrojnych. Przepisy przyjmowane na poziomie międzynarodowym nie muszą zatem uwzględniać tej drugiej wartości. Ma to miejsce, zwłaszcza że – jak wskazuje dotychczasowa praktyka – zwycięzcy ustalali je dla osądzenia przegranych. Nikt nie będzie troszczył się o dyscyplinę wojskową w siłach zbrojnych innego państwa, zwłaszcza aktualnego lub byłego, a co dopiero potencjalnie przyszłego przeciwnika. W ten sposób powstały standardy norymberskie. Zasady te znajdują też odbicie w statutach MTKJ i MTKR.

W prawie krajowym przeważają rozwiązania, w których jako nadrzędną wartość ustanawia się obowiązek wykonywania rozkazów i nieodpowiedzialność za działania podjęte w ich wykonaniu. Jednak od razu określa się od niej wyjątek, że nie dotyczy to bezprawnych rozkazów. Docelowo zakres czynów karanych na tej podstawie, zarówno na poziomie międzynarodowym, jak i na poziomie krajowym, powinien być jednakowy. Dwa punkty wyjścia nie powinny prowadzić do rozbieżności u celu. Jest nim zaś ukaranie sprawców zbrodni międzynarodowych. Działanie w wykonaniu rozkazu nie stanowi bowiem, jak już wskazano, w świetle klasycznego międzynarodowego prawa karnego wystarczającej obrony. W pewnych sytuacjach sprawca może jednak uniknąć odpowiedzialności. Ma to miejsce, gdy wykaze, że zachodził inne niż działanie na rozkaz przesłanki mogące ją wyłączyć.

W tym kontekście pewne odejście od standardów norymberskich, które odzwierciedlają statuty wszystkich trybunałów *ad hoc*, stanowią rozwiązania przyjęte w Statucie MTK. Widać, że jest to traktat, który został skonstruowany przez państwa zakładające, iż potencjalnie także ich obywatele mogą stanąć przed Trybunałem w charakterze oskarżonych lub chociażby w fazie wstępnej znaleźć się w sferze zainteresowania Prokuratora MTK. Wśród zbrodni międzynarodowych objętych jurysdykcją Trybunału znajdują się między innymi najpoważniejsze zbrodnie wojenne. Ocenianie ich przez statutowy przyzmat braku przesądzenia ich oczywistej bezprawności może prowadzić do nieoczekiwanych efektów. Mądrością MTK jest, by umiał dobrze wykorzystać dany mu przez państwa instrument. Należy przy tym pamiętać, że Statut tego Trybunału, choć jego orzecznictwo będzie z pewnością oddziaływało jako źródło pomocnicze na inne sądy, nie jest prawem uniwersalnym. W zakresie działania na rozkaz nie stanowi też kodyfikacji prawa międzynarodowego. Jest jego modyfikacją. Rozwiązania w nim zawarte mają charakter autonomiczny. Nie jest on bowiem jedynym źródłem międzynarodowego prawa karnego wiążącym państwa będące jego stronami. Osoba, która mogłaby przejść przez szerokie w tym zakresie „oka sieci” MTK, może ponieść odpowiedzialność na podstawie powszechnych, a zatem wiążących wszystkich przepisów międzynarodowego prawa karnego.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA WYDANIE ROZKAZU POPEŁNIENIA ZBRODNI MIĘDZYNARODOWEJ

COMMAND RESPONSIBILITY FOR ORDERS TO COMMIT INTERNATIONAL CRIMES

Summary

Ordering as a distinct form of participation in an international crime was introduced into international legal acts just after the Second World War. The jurisprudence behind military tribunals, and ICTY, ICTR, and ICC indicates the main elements of *actus reus* and *mens rea* of this form of responsibility. The basic ones are superior-subordinate relationship and issuing or transmitting an illegal instruction. A superior has to know/be aware of and intend or accept the risk that the direct result of his/her order will be a crime committed by his/her subordinates. It is improper to convict anybody based on both direct command responsibility and passive superior responsibility. However, a position of a superior in power is an aggravating circumstance.

The ICC statute confirms the accessory character of direct command responsibility thus making a superior not responsible criminally for ordering unless his/her subordinates commit or attempt it. However, it is possible to consider ordering as an action through another person.

key words: order, command responsibility, international crimes

Wstęp

Jeśli działanie na rozkaz może w określonych okolicznościach zwalniać z odpowiedzialności albo przynajmniej spowodować złagodzenie kary¹, to wydaje się oczywiste, że główną (a niekiedy i jedyną) odpowiedzialność powinien ponieść ten, kto rozkazy wydał². Odpowiedzialność dowódcy za wydanie rozkazu oraz odpowiedzialność podwładnego za jego wykonanie to bowiem „dwie strony tej samej monety”³. Przy czym odpowiedzialność dowódcy powinna być większa, gdyż to na nim spoczywa prawny obowiązek zapewnienia przestrzegania prawa wojennego przez jego podwładnych⁴.

Powyższa zasada dość wcześnie znalazła odzwierciedlenie w prawie krajowym; wystarczy wspomnieć *Artykuły wojenne* wydane przez króla Szwecji Gustawa Adolfa⁵ czy amerykański *Kodeks Liebera*

¹ Zob. przykładowo art. VIII Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (Dz.U. z 1947 r. Nr 63 poz. 367) czy art. 33 Statutu MTK (Dz.U. z 2003 r. Nr 78 poz. 708) oraz artykuł K. Karskiego w niniejszym tomie.

² Przykładowo w pierwszym wydaniu publikacji: L. Oppenheim, *International Law*, vol. 2, London 1906, s. 264–265, przyjęto, że w przypadku gdy członkowie sił zbrojnych dopuszczają się naruszeń na rozkaz swych dowódców, członkowie ci nie mogą być ukarani, a dowódcy są jedynymi odpowiedzialnymi.

³ L. C. Green, *Superior Orders and Command Responsibility*, „Military Law Review” 2003, nr 175, s. 310.

⁴ Zob. przykładowo art. 86 i 87 I Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12.08.1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 8.06.1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175) oraz art. 28 Statutu MTK. Artykuły te przewidują odpowiedzialność dowódcy/przełożonego za czyny podległych mu osób, którym mógł zapobiec. Zob. również art. 39 KG III (Dz.U. z 1956 r. Nr 38 poz. 175). Warto zaznaczyć, że o ogromnej roli, jaką prawo przypisuje dowódcy, świadczy fakt, że jednym z warunków uzyskania statusu wojującego czy kombatanta jest posiadanie osoby odpowiedzialnej za swych podwładnych; zob. art. 1 aneksu do IV Konwencji haskiej z 18.10.1907 r. dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. z 1927 r. Nr 21 poz. 161); art. 4 A pkt 2 lit. a KG III; art. 43 PD I.

⁵ Zob. art. 46 (*No Colonel or Captaine shall command his souldiers to do any unlawful thing; which who so does, shall be punished according to the discretion of the Judges. Articles of Military Lawwes to be Observed in the Warres*) cytowany w: W. H. Parks, *Command Responsibility for War Crimes*, „Military Law Review” 1973, vol. 62, s. 5. Zob. również omówienie szwedzkiej regulacji w: K. Ögren, *Humanitarian Law in the Articles of War Decreed in 1621 by King Gustavus II Adolphus of Sweden*, „IRoRC” 1996, nr 313; T. L. Cormack, *From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime*, [w:] T. L. Cormack, G. J. Simpson [red.], *The Law of War Crimes. National and International Approaches*, The Hague 1997, s. 39 i n.

z 1863 r.⁶ Z kolei w prawie międzynarodowym przez stosunkowo długi czas nie przywiązywano wagi do wyróżnienia tej formy popełnienia zbrodni. Niekoniecznie wynikało to z lekceważenia konieczności osądzenia wydających zbrodnicze rozkazy, lecz raczej z faktu, że w początkowej fazie kształtowania się międzynarodowego prawa karnego (w okresie międzywojennym) skupiano się na określeniu czynów zabronionych i organów, przed jakimi mają odpowiadać sprawcy, a kwestie penalizacji poszczególnych form uczestnictwa w zbrodni pozostawiano porządkom krajowym⁷.

Przed II wojną światową stosunkowo niewiele było przykładów osądzenia dowódców za wydanie zbrodniczych rozkazów⁸. Znaczące jest, że w procesach lipskich zaledwie jedna osoba (major Benno Crusius) została skazana na dwa lata pozbawienia wolności za wydanie

⁶ Zob. art. 71 General Order no. 100, 24.04.1863 r., dostępny na stronie: www.icrc.org/ihl (dostęp: 1.09.2012). Więcej na temat tej regulacji zob. R. S. Hartigan, *Lieber's Code and the Law of War*, Precedent Publishing, Chicago 1983, s. 1 i n.

⁷ Zob. I. Andrejew [red.], L. Kubicki, J. Waszczyński, *System prawa karnego. Tom IV. O przestępstwach w szczególności. Część I*, PAN Instytut Państwa i Prawa, Wrocław 1985, s. 141. Warto zwrócić uwagę, że przykładowo w raporcie Komisji ds. Odpowiedzialności Autorów Wojny i Nałożenia Kar przedstawionym na wstępnej konferencji pokojowej 29.03.1919 r. stwierdzono, iż należy osądzić wszystkich, którzy byli zaangażowani w naruszenia prawa wojennego, bez względu na pozycję i bez większego znaczenia na stopień odpowiedzialności, gdyż nikt nie miał uniknąć kary (zob. Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, *Report Presented to the Preliminary Peace Conference*, 29 March 1919, „American Journal of International Law” 1920, t. 14). Powyższe podejście znalazło odzwierciedlenie w pierwszych stworzonych przez aliantów listach osób, które miały być pociągnięte do odpowiedzialności przed niemieckimi sądami, obejmujących kilka tysięcy nazwisk (G. J. Bass, *Stay the Hand of the Vengeance – The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton 2002, s. 78 i n.). Zob. również uwagi na temat początków kształtowania się międzynarodowego prawa karnego w: I. Andrejew [red.], L. Kubicki, J. Waszczyński, dz. cyt., s. 141.

⁸ Jednym z najbardziej znanych jest proces kapitana Henry'ego Wirza, komendanta konfederackiego obozu jenieckiego w Andersonville, skazanego na karę śmierci za wydanie rozkazów i przyzwolenie na tortury, złe traktowanie jeńców Unii. Zob. House Executive Documents, vol. 8, nr 23, nr 1381, 40th Cong. 2nd Sess. (1868). Literatura na temat procesu H. Wirza jest dość obszerna; zob. L. Friedman [red.], *The Law of War A Documentary History*, vol. I, New York 1972, s. 783; L. Laska, J. Smith, *Hell and the Devil: Andersonville and the Trial of Henri Wirz, C.S.A., 1865*, „Military Law Review” 1975, vol. 68, s. 77 i n.; N. P. Chipman, *The Tragedy of Andersonville: Trial of Captain Henry Wirz, the Prison Keeper*, San Francisco 1911. Więcej przykładów osądzenia dowódców za wydanie rozkazów, przede wszystkim przed amerykańskimi organami sądowymi, zob. W. H. Parks, dz. cyt., s. 7 i n.

bezprawnego rozkazu egzekucji rannych jeńców francuskich⁹. Ten brak skupienia się organów oskarżycielskich na osądzeniu przede wszystkim dowódców mógł wynikać z trudności dowodowych – niemożności wykazania, że w danym przypadku do wydania zbrodniczego rozkazu rzeczywiście doszło¹⁰.

W czasie II wojny światowej, przykładowo w Deklaracji moskiewskiej z 1943 r., alianci zapowiadali osądzenie i ukaranie „oficerów i żołnierzy niemieckich oraz członków partii narodowo-socjalistycznej, którzy albo są odpowiedzialni za wymienione wyżej okrucieństwa, masakry, egzekucje, albo dobrowolnie brali w nich udział”¹¹. A więc zamierzano pociągnąć do odpowiedzialności wszystkich uczestniczących w popełnianiu zbrodni, bez względu na to, czy dana osoba rozkazy wydawała, czy je otrzymywała. Jednak gdy groźby aliantów w końcu mogły być zrealizowane, szybko stało się oczywiste, że ze względu na to, iż tak wiele osób uczestniczyło w zbrodniach, przed organami międzynarodowymi mogą stanąć tylko ci, którzy są obciążeni największą odpowiedzialnością. I choć w karcie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (MTW) nie wspomniano wprost o pociągnięciu do odpowiedzialności wydających zbrodnicze rozkazy, to już w wyroku norymberskim można odnaleźć wyraźne wzmianki o odpowiedzialności za wydanie rozkazu popełnienia zbrodni¹².

Obecnie nie budzi żadnych wątpliwości to, że dowódca powinien odpowiadać za wydanie polecenia dokonania zbrodni międzynarodowej (*ordering*). Jednak orzecznictwo międzynarodowych trybunałów dowodzi, że określenie ram tej formy odpowiedzialności oraz relacji pomiędzy odpowiedzialnością za wydanie rozkazu a odpowiedzialnością za niezapobiegnięcie popełnieniu zbrodni przez podwładnych wywołuje szereg kontrowersji. Niniejszy artykuł ma na celu wskazanie głównych źródeł prawa międzynarodowego przewidujących odpowiedzialność za wydanie rozkazu, określenie elementów subiektywnych

⁹ Więcej na temat procesu Crusiusa i innych oskarżonych w tzw. procesach lipskich zob. C. Mullins, *The Leipzig Trials*, London 1921.

¹⁰ Tamże, s. 30–31.

¹¹ Tekst Deklaracji w: M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, M. Znojek, *Prawo karne międzynarodowe. Wybór źródeł*, Warszawa 2010, s. 51.

¹² Zob. w szczególności fragmenty wyroku dot. Keitela, Kaltenbrunnera, Franka, Dönitza, Raedera, Jodla, Bormanna w: International Military Tribunal (Nuremberg), *Judgment and Sentences*, 1 Oct. 1946, „American Journal of International Law” 1947, vol. 41, Supplement, odpowiednio s. 282, 284, 289, 304, 308, 315–316, 330.

i obiektywnych tej formy odpowiedzialności oraz relacji pomiędzy tak zwaną aktywną i bierną odpowiedzialnością dowódców.

1. Źródła międzynarodowej odpowiedzialności za wydanie bezprawnego rozkazu

W Karcie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego mowa jest o odpowiedzialności za zbrodnie wojenne przywódców, organizatorów, podżegaczy i współników, uczestniczących w układaniu lub wykonaniu wspólnego planu albo zмовy w celu popełnienia zbrodni (art. VI), nie ma natomiast wzmianki o rozkazodawcach. Jednak wydających zbrodnicze rozkazy można śmiało podciągnąć pod kategorię przywódców, organizatorów, podżegaczy lub współników, a jak wspomniano wyżej, dokładna lektura wyroku norymberskiego wskazuje, że wydawanie zbrodniczych rozkazów było okolicznością szczególnie obciążającą¹³.

W przyjętej 20 grudnia 1945 r. (a więc zaledwie kilka miesięcy po podpisaniu porozumienia londyńskiego w sprawie osądzenia i ukarania głównych zbrodniarzy wojennych Osi Europejskiej) ustawie nr 10 Rady Kontrolnej Niemiec jest już mowa o odpowiedzialności osób, które wydały rozkaz dokonania zbrodni¹⁴. Z kolei wyroki amerykańskich sądów wojskowych w sprawach zakładników¹⁵ czy najwyższego dowództwa¹⁶ w głównej mierze skupiały się na tej formie uczestnictwa w zbrodni.

W konwencjach genewskich z 1949 r. o ochronie ofiar wojny podkreśla się konieczność „wydania niezbędnych przepisów ustawodawczych w celu ustalenia odpowiednich sankcji karnych w stosunku do osób, które popełniły albo wydały rozkaz popełnienia jakiegokolwiek z ciężkich naruszeń”, a ponadto strony zobowiązywały się „poszukiwać

¹³ Tamże.

¹⁴ Zob. art. II ust. 2 lit. b, w którym mowa jest o odpowiedzialności „udzielających pomocy przy popełnianiu takiego przestępstwa, nakazujących je albo popierających”; tekst polski w: M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, M. Znojek, dz. cyt., s. 101 i n.

¹⁵ *United States v. Wilhelm List* (sprawa nr 7), wyrok z dnia 19.02.1948 r.; *United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 11, His Majesty's Stationery Office, London 1947–1949.

¹⁶ *United States v. Wilhelm von Leeb et al.* (sprawa nr 12), wyrok z dnia 28.10.1948 r.; *United Nations War Crimes Commission...*, dz. cyt., vol. 10–11.

osoby podejrzane o popełnienie albo wydanie rozkazu popełnienia jakiegokolwiek z tych ciężkich naruszeń”¹⁷.

Podobne postanowienia znalazły się w Konwencji haskiej o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego z 14 maja 1954 r.¹⁸ oraz drugim do niej protokole z 26 marca 1999 r.¹⁹ Z kolei w *Studium Prawa Zwyczajowego* przygotowanym przez MKCK potwierdzono, że zasada, iż „Dowódcy oraz inni przełożeni ponoszą odpowiedzialność karną za zbrodnie wojenne popełnione na ich rozkaz”, ma zastosowanie w każdym konflikcie zbrojnym, bez względu na to, czy ma on charakter międzynarodowy, czy niemiędzynarodowy²⁰.

Jednak w wielu konwencjach przyjętych po 1945 r., jak choćby w Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r.²¹, Konwencji o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości z 26 listopada 1968 r.²², Międzynarodowej konwencji o przeciwdziałaniu i karaniu zbrodni apartheidu z 30 listopada 1973 r.²³, a także w projekcie Kodeksu zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości przyjętym

¹⁷ Zob. art. 49 KG I, art. 50 KG II, art. 129 KG III, art. 146 KG IV.

¹⁸ Zob. art. 28 (Dz.U. z 1957 r. Nr 46 poz. 212).

¹⁹ Zob. art. 15 (Dz.U. z 2012 r. poz. 248).

²⁰ Zob. zasada 152. *Studium Prawa Zwyczajowego* powstało jako wynik realizacji rekomendacji Międzyrządowej Grupy Ekspertów na Rzecz Ochrony Ofiar Wojny z 1995 r., aby MKCK stworzył raport, przy współudziale ekspertów z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego, reprezentujących różne obszary geograficzne oraz różne systemy prawne, i w konsultacji z ekspertami reprezentującymi rządy oraz organizacje pozarządowe, dotyczący zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego mającego zastosowanie w konfliktach zbrojnych. W tym samym roku 26. Międzynarodowa Konferencja Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca zatwierdziła rekomendację i upoważniła MKCK do przygotowania raportu, który został opublikowany w 2005 r. Szerzej zob. J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge 2005, s. XXVIII i n.

²¹ Art. III wymienia jedynie, że karze podlegają „a) ludobójstwo, b) zмова w celu popełnienia ludobójstwa, c) bezpośrednie i publiczne podżeganie do popełnienia ludobójstwa, d) usiłowanie popełnienia ludobójstwa, e) współudział w ludobójstwie”. Dz.U. z 1952 r. Nr 9 poz. 9 i Nr 31 poz. 213.

²² Zob. art. II, w którym mowa jest o odpowiedzialności sprawców, współuczestników, bezpośrednio podżegających innych do popełnienia zbrodni, biorących udział w spisku mającym na celu popełnienie zbrodni, przedstawicieli władz tolerujących ich popełnienie. Dz.U. z 1970 r. Nr 26 poz. 208.

²³ Zob. art. III, w którym mowa o odpowiedzialności dokonujących czynów wymienionych w art. II Konwencji, biorących udział w tych czynach i podżegających do nich bezpośrednio lub spiskujących w celu ich dokonania, sprzyjających, zachęcających lub współdziałających w dokonaniu zbrodni apartheidu. Dz.U. z 1976 r. Nr 32 poz. 186.

w 1954 r. przez Komisję Prawa Międzynarodowego ONZ²⁴, nie wspomniano wprost o odpowiedzialności za wydawanie rozkazów, mimo że wymienia się różne formy uczestnictwa w zbrodni. Nie oznaczało to, że twórcy powyższych aktów chcieli zwolnić z odpowiedzialności wydających zbrodnicze rozkazy, ale też nie jest jasne, czy tę formę udziału w zbrodni traktowali jako sprawstwo, współsprawstwo, pomocnictwo w popełnieniu przestępstwa, czy też formę podżegania.

W latach 90. XX wieku sytuacja o tyle się zmieniła, że zarówno w statutach MTKJ, jak i MTKR obok innych form popełnienia zbrodni wyraźnie wymieniono nakazanie popełnienia zbrodni (*order*)²⁵; podobnie uczyniono w nowym projekcie Komisji Prawa Międzynarodowego Kodeksu zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1996 r. (KZPPiBL)²⁶ oraz w Statucie MTK z 1998 r.²⁷ Także w najnowszych konwencjach dotyczących nowych zbrodni prawa międzynarodowego, jak na przykład w Międzynarodowej konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami, wyraźnie wymienia się wydawanie rozkazu jako jedną z form udziału w zbrodni²⁸.

2. Elementy obiektywne odpowiedzialności za wydanie rozkazu

Aby przypisać komukolwiek odpowiedzialność za wydanie rozkazu, należy dowieść, że w istocie zostało wydane bezprawne polecenie do jednej lub wielu podporządkowanych osób. *Actus reus* musi zatem

²⁴ Art. 2 ust. 13 mówi o odpowiedzialności za spisek w celu dokonania zbrodni (*conspiracy*), bezpośrednie podżeganie (*direct incitement*), współudział (*complicity*), usiłowanie (*attempts*); United Nations, *Yearbook of International Law Commission* 1954, vol. 2, New York 1960, s. 112 i n.

²⁵ Zob. odpowiednio art. 7 ust. 1 Statutu MTKJ (S/RES/827 z 25.05.1993 r. wraz z poprawkami wprowadzonymi przez kolejne rezolucje RB) oraz art. 6 ust. 1 Statutu MTKR (S/RES/955 z 8.11.1994 r. wraz z poprawkami wprowadzonymi przez kolejne rezolucje RB). Tłumaczenia na język polski statutów autorstwa E. Mikos-Skuzi zob. w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów*, Warszawa 2003, s. 522 i n.

²⁶ Art. 2 ust. 3 lit. b. United Nations, *Yearbook of International Law Commission* 1996, vol. 2, part 2, New York 1998, s. 17 i n.

²⁷ Art. 25 ust. 3 lit. b.

²⁸ Zob. art. 6 ust. 1 lit. a, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne w rez. 61/177 20.12.2006 r.

polegać na działaniu, nie można bowiem odpowiadać za wydanie bezprawnego rozkazu w wyniku dopuszczenia się jakiegokolwiek zaniechania²⁹.

Za kluczowy element odpowiedzialności za wydanie rozkazu uznaje się relację podporządkowania³⁰. To ona pozwala bowiem odróżnić odpowiedzialność za wydanie rozkazu od odpowiedzialności za chociażby podżeganie. Istnienie relacji przełożony – podwładny oznacza w istocie, że osoba będąca w pozycji władzy używa jej, aby przekonać (*convince*)³¹, poinstruować (*instruct*)³² czy zmusić (*compel*)³³ inną osobę do popełnienia przestępstwa.

Relacja między czynem przełożonego a czynem podwładnego ma charakter kauzalny, gdyż jak wyjaśniono w komentarzu do KZPPiBL z 1996 r., podwładny nie dokonałby czynu zabronionego z własnej inicjatywy, a to znaczy, że rozkaz przełożonego miał bezpośredni i znaczący wpływ na popełnienie zabronionego czynu³⁴. Nawet jeśli jeden z żołnierzy odmówi dokonania zbrodni, dowódca może wykorzystać inną osobę do jej popełnienia; sprawuje więc kontrolę nad

²⁹ Wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Galić* (IT-98-29) z dnia 30.11.2006 r., par. 176.

³⁰ Zob. *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General Pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, Genewa 25.01.2005 r., par. 555, dostępny na stronie: www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf (dostęp: 20.10.2012). Zob. również np. wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Kordić & Cerkez* (IT-95-14/2) z dnia 26.02.2001 r., par. 388 oraz wyrok izby apelacyjnej MTKJ w tej samej sprawie z dnia 17.12.2004 r., par. 28, a także wyrok izby sądowej MTKR w sprawie *Akayesu* (ICTR-96-4) z dnia 2.09.1998 r., par. 483.

³¹ Wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Krstić* (IT-98-33) z dnia 2.08.2001 r., par. 601; wyrok izby sądowej MTKR w sprawie *Akayesu* (ICTR-96-4) z dnia 2.09.1998 r., par. 483.

³² Wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Galić* (IT-98-29) z dnia 5.12.2003 r., par. 168; wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Kordić & Cerkez* (IT-95-14/2) z dnia 26.02.2001 r., par. 388 oraz wyrok izby apelacyjnej MTKJ w tej samej sprawie z dnia 17.12.2004 r., par. 28.

³³ Art. 2 ust. 3 lit. b KZPPiBL z 1996 r.

³⁴ Zob. komentarz do KZPPiBL z 1996 r., s. 20. Zob. również wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Strugar* (IT-01-42) z dnia 31.01.2005 r., par. 332; wyrok izby apelacyjnej MTKR w sprawie *Kamuhanda* (ICTR-99-54) z dnia 19.09.2005 r., par. 75 oraz wyrok izby sądowej MTKR w tej samej sprawie z dnia 22.01.2004 r., par. 590, a także wyrok izby apelacyjnej MTKR w sprawie *Kayishema & Ruzindana* (ICTR-95-1) z dnia 1.06.2001 r., par. 186 oraz wyrok izby sądowej w sprawie *Galić* (IT-98-29) z dnia 5.12.2003 r., par. 169.

przestępnym działaniem³⁵. Konsekwentnie, zgodnie z obowiązującym prawem międzynarodowym, będzie ponosił odpowiedzialność za wydanie zbrodniczego rozkazu jedynie wówczas, gdy jego podwładni rzeczywiście zbrodni się dopuścili lub usiłowali ją popełnić³⁶. Jeśli więc dowódca wyda bezprawny rozkaz, ale podwładni odmówią jego wykonania, dowódca ten nie poniesie odpowiedzialności. Jednak Komisja Prawa Międzynarodowego w komentarzu do projektu KZPPiBL z 1996 r. podkreślała, że powyższe ograniczenia nie wykluczają tego, aby na podstawie prawa krajowego pociągnąć do odpowiedzialności karnej lub dyscyplinarnej przełożonego wydającego bezprawny rozkaz, którego podwładni nie wykonali³⁷. Warto zaznaczyć, że w przypadku gdy rozkaz dowódcy będzie można zakwalifikować jako publiczne i bezpośrednie podżeganie do zbrodni ludobójstwa, bez względu na to, czy doszło do próby wykonania rozkazu, rozkazodawca ponosi odpowiedzialność³⁸.

Jak wynika z orzecznictwa trybunałów *ad hoc*, relacja pomiędzy przełożonym a jego podwładnym może mieć charakter czysto faktyczny, nieformalny³⁹. Oczywiście w takiej sytuacji mogą wystąpić pewne trudności dowodowe, ale jak stwierdził MTKJ w sprawie *Kunarac*, „milczące albo dające się wywnioskować zrozumienie między nimi [podwładnym i przełożonym] co do ich pozycji względem siebie jest wystarczające. Wydawanie rozkazów lub wykonywanie władzy ogólnie przypisanej wojskowemu dowódcy są silną wskazówką, że dana osoba jest w istocie dowódcą”⁴⁰. Nie jest więc potrzebne ustalenie, czy dana osoba była dowódcą *de iure*, gdyż decydujące znaczenie ma fakt, że

³⁵ Zob. S. Wirth, *Committing Liability in International Criminal Law*, [w:] C. Stahn, G. Sluiter [red.], *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2009, s. 335.

³⁶ Zob. art. 7 ust. 1 Statutu MTKJ; art. 6 ust. 1 Statutu MTKR; art. 25 Statutu MTK oraz art. 2 KZPPiBL z 1996 r. i komentarz do KZPPiBL z 1996 r., s. 20.

³⁷ Komentarz do KZPPiBL z 1996 r., s. 20–21.

³⁸ Art. 25 ust. 3 lit. e Statutu MTK.

³⁹ Zob. np. wyrok izby sądowej MTKR w sprawie *Akayesu*, par. 483; wyrok izby apelacyjnej MTKR w sprawie *Semanza* (ICTR-97-20) z dnia 20.05.2005 r., par. 361; wyrok izby apelacyjnej w sprawie *Kamuhanda*, par. 594; wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Kordić & Čerkez*, par. 388 oraz wyrok izby apelacyjnej MTKJ w tej samej sprawie, par. 28.

⁴⁰ Wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Kunarac* (IT-96-23) z dnia 22.02.2001 r., par. 397. Zob. również L. C. Green, *Superior Orders and Command Responsibility*, „Canadian Yearbook of International Law” 1989, vol. 27, s. 198.

rozkaz był postrzegany jako wiążący⁴¹, niekoniecznie w sensie prawnym, lecz faktycznym, psychicznym⁴². Nie trzeba też udowadniać, że dana osoba sprawowała efektywną władzę nad podwładnymi⁴³; wystarczy dowieść, że miała władzę lub autorytet dowódczy (*command authority*)⁴⁴, nawet jeśli trwało to jedynie przez określony czas⁴⁵. Jak wskazywał MTKR, okoliczności mogą wskazywać, że w sytuacjach kryzysowych słowa napomnienia czy zachęty mogą być postrzegane przez zgrupowaną wokół wpływowej osoby ludność jako rozkaz⁴⁶.

Orzecznictwo trybunałów *ad hoc* wyraźnie wskazuje, że forma rozkazu nie ma żadnego znaczenia⁴⁷. Może on mieć charakter wyraźny lub dorozumiany, a dowód na jego istnienie można wywieść z okoliczności⁴⁸. Wśród czynników, które mogą wskazywać na wydanie rozkazu, MTKJ wymienił „ilość nielegalnych czynów, liczbę, tożsamość, rodzaj zaangażowanych sił, efektywne dowództwo i kontrolę nad tymi siłami, zaangażowaną logistykę, występowanie na szeroką skalę bezprawnych czynów, taktyczne tempo operacji, *modus operandi* podobnych czynów, zaangażowanie oficerów i personelu, miejsce pobytu przełożonego w danym momencie oraz wiedzę tego oficera na temat bezprawnych aktów popełnionych pod jego dowództwem”⁴⁹. W praktyce sędziowie mogą mieć obiekcje przed skazaniem kogokolwiek wyłącznie na podstawie analizy okoliczności, bez twardych dowodów na istnienie

⁴¹ I. Bantekas, S. Nash, *International Criminal Law*, Third Edition, Routledge, London 2007, s. 24.

⁴² G. Boas, J. L. Bischoff, N. L. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library, Volume 1 Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 369. Zob. również wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Strugar*, par. 331.

⁴³ Zob. np. wyrok izby apelacyjnej MTKR w sprawie *Kamuhanda*, par. 75.

⁴⁴ Zob. np. wyrok izby sądowej MTKR w sprawie *Akayesu*, par. 483; wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Kordić & Cerkez*, par. 388; wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Blaškić* (IT-95-14) z dnia 29.07.2004 r., par. 324 oraz wyrok izby sądowej MTKJ w tej samej sprawie z dnia 3.03.2000 r., par. 483 (więcej na temat tej sprawy zob. D. Sarooshi, M. D. Evans, *Command Responsibility and the Blaskic Case*, „The International and Comparative Law Quarterly” 2001, vol. 50, nr 2, s. 452 i n.).

⁴⁵ Wyrok izby apelacyjnej MTKR w sprawie *Semanza*, par. 363.

⁴⁶ Wyrok izby sądowej MTKR w sprawie *Gacumbitsi* (ICTR- 01-64) z dnia 17.06.2004 r., par. 282.

⁴⁷ Wyrok izby sądowej MTKR w sprawie *Akayesu*, par. 483; wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Krstić*, par. 601.

⁴⁸ Wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Blaškić*, par. 281; wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Kordić & Cerkez*, par. 388.

⁴⁹ Wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Galić*, par. 171.

rozkazu⁵⁰. Nie jest jednak możliwe przyjęcie sugerowanego choćby przez W. Schabasa rozwiązania, zgodnie z którym należałoby domniemywać, że dowódca rozkazał podwładnym popełnienie zbrodni, gdyż na przeszkodzie stoi zasada domniemania niewinności⁵¹.

Rozkaz musi być bezprawny sam w sobie, czyli powinien nakazywać określone działanie lub zaniechanie stanowiące w danych okolicznościach zbrodnię. Jeśli do zbrodni doszło przy okazji wykonywania legalnego rozkazu, dowódca nie będzie odpowiadał na podstawie odpowiedzialności za wydanie rozkazu, co jednak nie wyklucza pociągnięcia go z tytułu biernej odpowiedzialności. Treść rozkazu nie musi precyzyjnie określać, jakich dokładnie zbrodni mają dokonać podwładni. W wyroku Międzynarodowego Trybunału Wojskowego przywoływano rozkazy Wilhelma Keitela, w których ten „jedynie” wskazywał, że na terenach okupowanych ludzkie życie jest nic niewarte i w celu zniechęcenia do stawiania jakiegokolwiek oporu należy wykazywać się niezwykle surowością, szerzyć terror oraz stosować odpowiednie drakońskie środki. Rozkaz nie musi więc być precyzyjny, ale jego bezprawność powinna być od razu widoczna.

Polecenie może być skierowane do szczegółowo określonych osób albo do nieokreślonego kręgu odbiorców. Bezprawny rozkaz nie musi być przekazany bezpośrednio osobie, która popełnia przestępstwo⁵². Co istotne, odpowiedzialność obejmuje nie tylko wydających bezprawne rozkazy, ale i je przekazujących. Konieczne jest wtedy jednak rozróżnienie pomiędzy przekazywaniem stanowiącym implementację rozkazu, co podlega karze, a zwykłą rutynową dystrybucją rozkazów w podległych jednostkach, co karze nie podlega. Zagadnieniu temu szczególną uwagę poświęcił sąd amerykański w wyroku w sprawie

⁵⁰ Zob. sprawę Kurta Meyera (*The Abbaye Ardenne Case*) rozpatrywaną przez kanadyjski sąd wojskowy w dniach 10–28.12.1945 r. (United Nations War Crimes Commission..., dz. cyt., vol. 4, London 1948, s. 97 i n.), który nie uznał oskarżonego winnym wydania zbrodniczych rozkazów (ale skazał go m.in. za podżeganie) i tym samym odrzucił argumenty oskarżenia o możliwości wyciągnięcia wniosku o wydaniu rozkazu na podstawie okoliczności. Zob. również W. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 105, gdzie autor tłumaczy opóźnienie w postawieniu zarzutów dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości Słobodanowi Miloševićowi przez prokuratora MTKJ Louise Arbour właśnie brakiem bezpośrednich dowodów na wydanie bezprawnych rozkazów.

⁵¹ W. Schabas, dz. cyt., s. 106. Zob. również art. 67 ust. 1 lit. g Statutu MTK.

⁵² MTKJ, wyrok izby sądowej w sprawie *Blaškić*, par. 282.

Naczelnego Dowództwa Wehrmachtu. Podkreślił w nim, że dowódca nie odpowiada za każde przekazanie rozkazu, a jedynie za takie, które polega na wprowadzeniu/implementacji zbrodniczego rozkazu w ramach podlegających instytucji (*chain of command*)⁵³. Zdaniem Trybunału w takiej sytuacji dla realizacji rozkazu ma znaczenie nie tylko autorytet osoby, która wydała rozkaz, ale także autorytet przekazującego ten rozkaz⁵⁴. W oczach Trybunału nie mogła więc znaleźć uznania argumentacja Hermanna Hotha, który twierdził, że choć tak zwany rozkaz komisarzski⁵⁵ przekazał, to był pewny, że jego podwładni będą mieli odwagę, aby go nie wykonać, choć jemu samemu tej odwagi zabrakło⁵⁶.

Inna sytuacja jest, gdy dane dowództwo jest wykorzystywane jedynie jako administracyjny pośrednik w przekazywaniu poleceń do podległych jednostek. Wówczas przekazywanie ma charakter rutynowy i może być dokonywane przez personel dowództwa nawet bez wiedzy dowódcy. Trybunał podkreślał, że w wojsku konieczne jest zdyscyplinowanie i nie można w związku z tym wymagać, aby dowódca sprawdzał pod kątem zgodności z prawem międzynarodowym wszystkie rozkazy przekazywane za jego pośrednictwem. Odpowiedzialność powstanie dopiero wówczas, gdy rozkaz jest bezprawny na pierwszy rzut oka⁵⁷.

Faktem jest jednak, że w konkretnym przypadku niezwykle trudno jest rozstrzygnąć, czy działanie danej osoby stanowiło implementację, czy jedynie techniczne pośrednictwo. Rozstrzygnięcie amerykańskiego sądu wojskowego, zgodnie z którym między innymi von Leeb czy von Salmuth zostali uznani za winnych przekazania tak zwanego rozkazu Barbarossa, mimo że go oprotestowali i swoje wątpliwości przekazali podwładnym, i zostali zwolnieni za przekazanie rozkazu komisarzskiego na podstawie niemal tych samych okoliczności, wskazuje, że orzecznictwo nie jest w tym zakresie jednoznaczne⁵⁸.

⁵³ United Nations War Crimes Commission..., dz. cyt., vol. 11, s. 510. Zob. jednak wyrok w sprawie *Zakładników* dot. Kurta von Geintera, który został uniewinniony, mimo że implementował zbrodnicze rozkazy, s. 811, 1287 i n. Por. z wyrokiem MTW w sprawie *Raedera*, s. 308.

⁵⁴ United Nations War Crimes Commission..., dz. cyt., vol. 11, s. 510.

⁵⁵ Był to rozkaz wydany przez Adolfa Hitlera 6.06.1941 r. przed realizacją Operacji Barbarossa, dotyczący traktowania politycznych komisarzy.

⁵⁶ United Nations War Crimes Commission..., dz. cyt., vol. 11, s. 582. Por. wyrok MTW, fragment dotyczący Jodla, s. 315.

⁵⁷ United Nations War Crimes Commission..., dz. cyt., vol. 11, s. 511.

⁵⁸ Tamże, s. 616–625.

3. Element subiektywny odpowiedzialności

Jeśli chodzi o stronę subiektywną, to należy zaznaczyć, że nie ma znaczenia, jakie *mens rea* przejawiał bezpośredni (fizyczny) sprawca zbrodni, lecz ważny jest stan umysłu, wina rozkazodawcy⁵⁹. Rozkazodawca nie podziela więc winy bezpośredniego sprawcy zbrodni⁶⁰, lecz jego wina jest rozpatrywana całkowicie w oderwaniu od strony subiektywnej sprawy.

MTKJ wyraźnie dopuścił, że odpowiedzialność za wydanie rozkazu występuje nie tylko w przypadku bezpośredniego zamiaru (*direct intent*), ale także wówczas, gdy osoba, która nakazuje działanie lub zaniechanie, ma świadomość znacznego prawdopodobieństwa (*substantial likelihood*), że dojdzie do popełnienia zbrodni w wyniku wykonania rozkazu⁶¹. Wydanie rozkazu z taką świadomością musi być bowiem traktowane jako akceptacja tej zbrodni⁶². Wydaje się więc jasne, że dowódca będzie odpowiadał za obie formy winy umyślnej (*dolus directus* i *dolus eventualis*); wystarczy dowieść, iż wiedział o tym, że rozkaz jest bezprawny, i chciał lub godził się z tym, aby jego podwładni go wykonali. Fakt więc, że miał nadzieję, iż rozkaz nie zostanie wykonany, nie wystarczy do zwolnienia z odpowiedzialności. MTKJ podkreśla również w swoim orzecznictwie, że nie można przyjąć, iż każda osoba, która rozkazuje dokonanie określonych czynów, ma świadomość istnienia ryzyka popełnienia zbrodni i akceptuje to ryzyko⁶³. Aby przypisać komukolwiek odpowiedzialność za wydanie bezprawnego rozkazu, konieczne jest udowodnienie, że dana osoba była świadoma wyższego, znaczącego prawdopodobieństwa

⁵⁹ Zob. G. Werle, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, „Journal of International Criminal Justice” 2007, nr 5, s. 974. Zob. również J. Doria, *The Relationship between Complicity Modes of Liability and Specific Intent Crimes in the Law and Practice of the ICTY*, [w:] J. Doria, H.-P. Gasser, M. Cherif Bassiouni, *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*, Leiden 2009, s. 157.

⁶⁰ Zob. rozważania W. H. Parks, który podkreślał: „*The Commander Who Directly Orders the Commission of a War Crimes Shares the Guilt of the Perpetrator of the Offense*”, W. H. Parks, dz. cyt., s. 102.

⁶¹ Wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Blaškić*, par. 41 i 42.

⁶² Tamże, par. 42 i 345. Zob. również wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Martić* (IT-95-11) z dnia 8.10.2008 r., par. 222; wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Kordić & Čerkez*, par. 31 i 32; wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Galić*, par. 152.

⁶³ Wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Blaškić*, par. 40.

ryzyka popełnienia zbrodni i akceptowała to ryzyko (wolicjonalny element)⁶⁴.

Na marginesie uwag dotyczących strony subiektywnej warto podkreślić, że w komentarzu do KZPPiBL z 1996 r. podkreślono, iż przełożony, który rozkazuje dokonanie zbrodni, jest w pewnym względzie bardziej winny (*more culpable*) niż jego podwładny, który jedynie wykonuje rozkaz i tym samym popełnia zbrodnię⁶⁵. Ta większa odpowiedzialność dowódcy wynika również z tego, że teoretycznie ma on więcej czasu na deliberację i refleksję niż jego podwładny⁶⁶. Wobec powyższego może dziwić, dlaczego w art. 25 ust. 3 Statutu MTK wydawanie rozkazów (w Statucie *order* przetłumaczono jako „zleca”) nie znalazło się obok sprawstwa, współsprawstwa i sprawstwa pośredniego, lecz umieszczono je dopiero w kolejnym podpunkcie, obok podżegania (namawiania, nakłaniania), co w istocie oznacza zdegradowanie odpowiedzialności za wydanie rozkazu⁶⁷, gdyż, jak podkreśla G. Werle, konstrukcja art. 25 wyznacza cztery poziomy odpowiedzialności i jest wyrazem odpowiedniego wartościowania poszczególnych form uczestnictwa w zbrodni⁶⁸. W statutach MTKJ, MTKR i MTK odrzucono bowiem unitarny system, jakiemu hołdowały statuty MTW czy Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dla Dalekiego Wschodu, i przyjęto model udziału w cudzym przestępstwie⁶⁹, co potwierdzają pierwsze decyzje MTK⁷⁰.

⁶⁴ Tamże, par. 41. Zob. również A. Knoop, *The Transposition of Military Commander's Discretion onto International Criminal Responsibility for Military Commanders: An Increasing Legal-Political Dilemma within International Criminal Justice*, [w:] J. Doria, H.-P. Gasser, M. Cherif Bassiouni, dz. cyt., s. 735. Autor podnosi, że ze względu na dyskrecjonalną władzę dowódcy standardy dowodzenia strony podmiotowej powinny być odpowiednio wyższe (Tamże, s. 735–736).

⁶⁵ Komentarz do KZPPiBL, s. 20.

⁶⁶ M. Damaška, *The Shadow Side of Command Responsibility*, „American Journal of Comparative Law” 2001, vol. 49, s. 455.

⁶⁷ A. Eser, *Individual Criminal Responsibility. Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law*, [w:] A. Cassese [red.], *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 795.

⁶⁸ G. Werle, dz. cyt., s. 957.

⁶⁹ H. Olásolo, *Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability in the Light of the First Case Law of the International Criminal Court*, [w:] C. Stahn, G. Sluiter [red.], dz. cyt., s. 343 i n. Por. również M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2008, s. 218.

⁷⁰ Analizę odpowiednich decyzji przede wszystkim izby przygotowawczej MTK w sprawie *Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 zob. w: H. Olásolo, dz. cyt., s. 346–347.

Tym samym przyjęto, że odpowiedzialność za wydanie rozkazu ma charakter akcesoryjny, gdyż nie ma odpowiedzialności, jeśli nie dojdzie do sprawstwa⁷¹.

Wydaje się jednak, iż słusznie argumentuje K. Ambos, że wydanie bezprawnych rozkazów mogłoby być objęte pojęciem sprawstwa pośredniego⁷² i tym samym wymienienie z osobna „zlecenia” w Statucie MTK może być uznane za *supefluum*⁷³.

4. Odpowiedzialność za wydanie rozkazu a inne podstawy odpowiedzialności dowódcy za czyny podwładnych

Dowódca może odpowiadać za czyny swoich podwładnych wykonane na jego rozkaz (bezpośrednia, aktywna odpowiedzialność, *direct responsibility*)⁷⁴ oraz za te, które zostały dokonane nie na jego rozkaz, ale którym mógł zapobiec (bierna odpowiedzialność, *superior responsibility*)⁷⁵. W postępowaniach dotyczących zbrodni międzynarodowych dość często próbuje się udowodnić odpowiedzialność dowódcy w przypadku obu powyższych zachowań, co wiąże się z przeświadczeniem, że odpowiedzialność przełożonego, który rozkazuje popełnienie przestępstwa, nie tylko jest większa (w porównaniu z jego podwładnym wykonującym polecenia), ale wręcz podwójna, gdyż jednocześnie łamie on obowiązek powstrzymania swoich podwładnych przed popełnieniem przestępstwa i nadużywa władzy, aby rozkazać dokonanie przestępstwa⁷⁶. Tym tropem szło początkowo orzecznictwo MTKR i MTKJ, które nie wykluczało skazania danej osoby zarówno z tytułu

⁷¹ Tamże, s. 340–341.

⁷² K. Ambos, *Article 25. Individual Criminal Responsibility*, [w:] O. Triffterer [red.], *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Beck, Baden-Baden 1999, s. 480. Zob. również A. Eser, dz. cyt., s. 796–797, M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, tom I, Zakamycze 2004, s. 559; M. Królikowski, *Odpowiedzialność karna jednostki za sprawstwo zbrodni międzynarodowej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 157.

⁷³ A. Eser, dz. cyt., s. 797.

⁷⁴ Zob. A. M. Danner, J. S. Martinez, *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*, „California Law Review” 2005, vol. 93, s. 102.

⁷⁵ Zob. art. 86 PD I.

⁷⁶ A. Eser, dz. cyt., s. 796–797.

aktywnej, jak i biernej odpowiedzialności przełożonego⁷⁷. Jednak ostatecznie izba apelacyjna obu trybunałów *ad hoc* wielokrotnie podkreśliła, że wyżej wspomniane rodzaje odpowiedzialności mają charakter odrębny⁷⁸ i w konkretnym przypadku nie można skazywać osoby z obu podstaw, lecz jeśli w grę wchodzi odpowiedzialność z tytułu wydania rozkazu i niezapobiegnięcia popełnieniu przestępstwa przez podwładnych, daną osobę należy uznać za winną jedynie na podstawie bezpośredniej odpowiedzialności, a pozycję przełożonego oskarżonego potraktować jako okoliczność obciążającą przy wydawaniu wyroku⁷⁹. A zatem w przypadku gdy dowiedzie się, iż dana osoba wydała rozkaz, i dodatkowo wykaże się, że pełniła ona odpowiedzialną funkcję (*position of authority*), fakt ten stanowi okoliczność obciążającą i powinien skutkować zaostreniem wymiaru kary⁸⁰. Uzasadnieniem dla takiej polityki ma być to, że bezpośrednie uczestnictwo stanowi dodatkową zachętę dla podwładnych do popełniania podobnych czynów⁸¹.

Podsumowanie

W najnowszych dokumentach z zakresu międzynarodowego prawa karnego (przykładowo w Statucie MTK) wydanie rozkazu jest zazwyczaj wymieniane obok podżegania jako jedna z akcesoryjnych form popełnienia przestępstwa. Jednym z negatywnych skutków takiego podejścia jest fakt, że rozkazodawca będzie karany jedynie wtedy, gdy jego podwładny rzeczywiście zbrodni się dopuści lub będzie usiłował ją popełnić (wyjątkiem jest sytuacja, gdy wydanie rozkazu będzie mogło być zakwalifikowane jako podżeganie do ludobójstwa). W doktrynie nie wyklucza się jednak potraktowania wydawania bezprawnych rozkazów jako formy sprawstwa pośredniego, co jest o tyle uzasadnione, że wydawanie zbrodniczych rozkazów jest postrzegane jako akt godny potępienia w takim samym stopniu jak sprawstwo, a nie jak

⁷⁷ Wyrok izby sądowej MTKR w sprawie *Kayishema & Ruzindana* (ICTR-95-1) z dnia 21.05.1999 r., par. 210; wyrok izby sądowej MTKJ w sprawie *Kordić & Čerkez*, par. 370 i n.

⁷⁸ Wyrok izby apelacyjnej w sprawie *Blaskić*, par. 91.

⁷⁹ Tamże, par. 91 i 92.

⁸⁰ Wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Mucić et al.* (IT-96-21), tzw. sprawa *Čelebici*, z dnia 20.02.2001 r., par. 745.

⁸¹ Wyrok izby apelacyjnej MTKJ w sprawie *Aleksovski* (IT-95-14/1) z dnia 24.03.2000 r., par. 183.

podżeganie, które jest uważane za mniej groźną formę udziału w przestępstwie.

Do najważniejszych elementów obiektywnych odpowiedzialności za wydanie rozkazu należą: relacja podporządkowania, która może mieć charakter nieformalny i krótkotrwały, oraz wydanie lub przekazanie rozkazu popełnienia zbrodni, bez względu na formę tego polecenia. Rozkazodawcy należy dowieść, iż wiedział i chciał lub godził się z tym, że dojdzie do zbrodni w wyniku wykonania jego rozkazu. Niedopuszczalne jest skazywanie danej osoby jednocześnie na podstawie odpowiedzialności za wydanie rozkazu oraz odpowiedzialności za niezapobiegnięcie popełnieniu przestępstwa przez podwładnych, ale fakt posiadania efektywnej władzy może stanowić okoliczność obciążającą.

ROZKAZ JAKO SZCZEGÓLNA INSTYTUCJA WOJSKOWEGO PRAWA KARNEGO

SUPERIOR ORDERS AS SPECIFIC COMPONENTS OF MILITARY CRIMINAL LAW

Summary

A superior order is one of the most important components of military criminal law. The purpose of the article is to define the order and its elements: its entities, its subject, as well as its material and formal aspects. The article also takes up the subject of criminal responsibility for actions carried out under orders. While following lawful orders does not raise any doubts, an unlawful order can pose a serious problem, especially since it can be felonious or non-felonious. In the context of criminal law, a felonious order needs to be discussed in detail. The article addresses questions related to following and not following felonious orders, and the resulting criminal responsibility of both the entity taking and giving an order.

The other part of the article deals with insubordination. It presents the offences related to failure to execute an order, its improper execution, refusal to execute an order, as well as refusing to execute or not executing a felonious order.

key words: a superior order, insubordination, military criminal law

1. Pojęcie i istota rozkazu

Rozkaz jest niewątpliwie instytucją szczególną. Pojawia się tylko w społecznościach zmilitaryzowanych i pełni bardzo ważną rolę. Jest on gwarantem prawidłowego funkcjonowania dyscypliny wojskowej. Posłuszeństwo podwładnych wobec rozkazów przełożonych jest bowiem zapewnione w ustawie karnej. Aby zrozumieć istotę rozkazu oraz granice działania na rozkaz, należy przede wszystkim wyjaśnić jego pojęcie.

W doktrynie wyróżnia się dwie podstawowe grupy definicji rozkazu – definicje językowe oraz definicje prawne¹. Pierwsza grupa opiera pojęcie na kryteriach leksykalnych i określa rozkaz jako „polecenie wykonania czegoś wydane przez osobę uprawnioną do tego lub mającą nad kimś przewagę”².

Definicje prawne dzieli się z kolei na dwie następne grupy. I tak, w zależności od źródła wyprowadzenia pojęcia, wyróżnia się:

- pojęcia stworzone przez ogólną teorię prawa;
- pojęcia oparte na normach prawa pozytywnego.

Ze względu na zbyt dużą ogólnikowość pojęcia stworzone przez ogólną teorię prawa nie mogą być bezpośrednio odnoszone przez praktykę orzeczniczą. Wydaje się zatem, że definicja rozkazu powinna stanowić wyciąg z poglądów ogólnej teorii prawa oraz pojęć i zasad łączących się z wojskowym prawem karnym³.

Polskie prawo karne definiuje rozkaz w k.k., nadając mu tym samym rangę definicji ustawowej. Określenia definicji rozkazu należy jednak dopatrywać się również w regulaminach wojskowych – oczywistym jest, że te przepisy znajdują się niżej w hierarchii niż przepisy k.k., jednakże uzupełniają one definicję kodeksową. Określają także podmioty rozkazodawstwa oraz materialną i prawno-formalną stronę rozkazu.

Zgodnie z obowiązującym k.k. rozkaz jest to „polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez

¹ J. Ziewiński, *Rozkaz wojskowy w prawie karnym*, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, Warszawa 1986, s. 11.

² *Słownik języka polskiego PWN*, red. M. Szymczak, tom III, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1981, s. 92.

³ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 13–16.

przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem”⁴. Definicja ta, na pozór przejrzysta, wymaga jednak omówienia wszystkich jej składników z osobna.

Jeśli chodzi o stronę podmiotową omawianej definicji, rozkazobiorcą jest żołnierz. Zgodnie z art. 115 § 17 k.k. żołnierzem jest „osoba pełniąca czynną służbę wojskową”. Osobami takimi są żołnierze zawodowi („żołnierze pełniący stałą albo kontraktową zawodową służbę wojskową”⁵), a także osoby odbywające zasadniczą służbę wojskową, przeszkolenie wojskowe, ćwiczenia wojskowe, służbę przygotowawczą, okresową służbę wojskową, a także pełniące służbę wojskową w czasie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny⁶. Z definicji kodeksowej wnioskować ponadto należy, że skoro żołnierzami są tylko osoby pełniące czynną służbę wojskową, to żołnierze zawodowi w stanie nieczynnym nie podlegają orzecznictwu sądów wojskowych (a tym samym nie odnoszą się do nich przepisy dotyczące rozkazu)⁷. Kto jest zatem rozkazodawcą? Zgodnie z wymienionym art. 115 § 17 k.k. rozkaz wydaje przełożony lub uprawniony żołnierz starszy stopniem. Znaczenia terminu „przełożony” należy doszukiwać się przede wszystkim w dwóch aktach prawnych: w ustawie o dyscyplinie wojskowej oraz w Regulaminie Ogólnym Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z definicją ustawową za przełożonego uważa się żołnierza lub osobę cywilną, którym przepisy prawne, rozkazy, polecenia lub decyzje podporządkowały żołnierza lub żołnierzy⁸. Definicję tę Regulamin Ogólny SZ RP poszerza dodatkowo o stwierdzenie, że osoba taka jest uprawniona do wydawania rozkazów, poleceń służbowych podwładnym żołnierzom i kierowania ich czynnościami służbowymi⁹. Co więcej, zgodnie z Regulaminem przełożonym może być także żołnierz, któremu nie podporządkowano żołnierzy organizacyjnie,

⁴ Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – k.k., art. 115 § 18.

⁵ Ustawa z dnia 11.09.2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, art. 3 ust. 1, art. 6 ust. 1 pkt 1.

⁶ Ustawa z dnia 21.11.1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, art. 59.

⁷ M. Czyżak, *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2010, s. 71.

⁸ Ustawa z dnia 9.10.2009 r. o dyscyplinie wojskowej, art. 3 pkt 10.

⁹ Regulamin Ogólny Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Ministerstwo Obrony Narodowej, Sztab Generalny Wojska Polskiego, Warszawa 2009, pkt 4.

a jedynie w zakresie spraw specjalistycznych, wynikających z dokumentów kompetencyjnych. Taki żołnierz przełożony może wydawać wiążące wytyczne i polecenia, dotyczące zadań objętych jego zakresem działania, a ponadto będzie ponosił odpowiedzialność za wydawane polecenia i ich skutki. Nieprzypadkowo Regulamin posługuje się tutaj terminem „żołnierz” – w sytuacji wyjątkowego podporządkowania innych żołnierzy całkowicie uzasadnione jest ograniczenie podmiotów mogących być przełożonymi. W takich okolicznościach jedynie żołnierze będą mogli wydawać prawnie wiążące rozkazy. Regulamin stwierdza również, że przełożonym winien być żołnierz wyższy lub co najmniej równy stopniem swoim podwładnym. Przełożony będzie spełniał funkcje dowódcze, zarządzające, szkoleniowe i wychowawcze, będąc przy tym odpowiedzialnym za pracę, organizację oraz odpowiednie warunki dyscyplinarne podwładnych¹⁰.

Również po definicję żołnierza starszego stopniem należy sięgnąć do Regulaminu. Zgodnie z nim jest to żołnierz mający wyższy stopień wojskowy. Analogicznie – żołnierz młodszy stopniem będzie miał niższy stopień wojskowy¹¹. Pojęcie to nie jest jednak pojęciem abstrakcyjnym i musi być rozpatrywane w konkretnej sytuacji, między konkretnymi żołnierzami (i ich stopniami wojskowymi). Żołnierz starszy stopniem z reguły nie jest jednak uprawniony do wydawania rozkazów żołnierzom młodszym stopniem. Wyjątkowo może jednak wcielić się w rolę rozkazodawcy w jednym z trzech przypadków. Po pierwsze, w sytuacji gdy jednostka (instytucja) wojskowa lub żołnierze są w niebezpieczeństwie, a nie ma ich przełożonego. Po drugie, gdy konieczne jest jedno kierownictwo różnych jednostek, a między ich dowódcami nie zachodzi zależność służbowa. I wreszcie w trzecim przypadku – gdy młodszy naruszają prawo, dyscyplinę wojskową lub zakłócają porządek publiczny. W tych sytuacjach żołnierz starszy stopniem wcieli się w rolę rozkazodawcy i będzie mógł wydawać rozkazy na takich samych zasadach jak przełożeni¹².

Podczas wyjaśniania pojęcia podmiotów rozkazodawstwa nasuwa się pytanie dotyczące stosunku pomiędzy rozkazodawcą a rozkazobiorcą. Wyróżnia się trzy rodzaje stosunku władztwa:

¹⁰ Tamże, pkt 6, 8–9.

¹¹ Tamże, pkt 5.

¹² Tamże, pkt 29.

- typ podstawowy, czyli podporządkowanie w związku z zajmowanym stanowiskiem służbowym, mające charakter trwały;
- podporządkowanie czasowe, które powstaje w związku z wykonywaniem przez żołnierza pewnych czynności służbowych i nie ma trwałego charakteru;
- podporządkowanie wyższemu stanowiskiem z braku innego przełożonego¹³.

Pierwszy typ nie powinien stwarzać żadnych problemów – będzie on występował we wszystkich obszarach armii, której cała struktura opiera się przecież na hierarchii. W przypadku dwóch pozostałych typów podporządkowania jedynie ten pierwszy będzie miał trwały charakter.

Drugi rodzaj powstaje w wyniku wykonywania przez żołnierza konkretnej czynności służbowej. Żołnierz staje się wtedy przełożonym innych, ale tylko na czas wykonywanych czynności. Przykładowo w takiej sytuacji może znaleźć się wartownik, który będzie miał prawo wydawać rozkazy o treści związanej z pełnieniem służby na posterunku¹⁴.

Ostatni typ stosunku władztwa ma charakter wyjątkowy, gdyż powstaje tylko wtedy, gdy brak jest właściwego przełożonego lub wojskowego organu porządkowego. Żołnierz starszy stopniem wyjątkowo stanie się rozkazodawcą w sytuacjach wymienionych w pkt 29 Regulaminu Ogólnego SZ RP. Należy pamiętać, że pomimo braku władzy dyscyplinarnej u takiego rozkazodawcy po stronie młodszych stopniem będzie nadal istniał obowiązek wykonania jego rozkazów tak jak rozkazów przełożonego.

Podsumowując, należy zwrócić uwagę na to, że istnieją dwa typy rozkazodawców – jedni z nich są przełożonymi, a inni stają się rozkazodawcami tylko na określony czas i tylko w wyjątkowych sytuacjach. Rozkazy obydwu typów powinny być jednak wykonywane jednakowo.

Gdy wiadomo już, jak wygląda strona podmiotowa rozkazodawstwa, należy dokładniej przyjrzeć się stronie przedmiotowej rozkazu. Na tę z kolei składają się strony: materialna i formalna.

Strona materialna rozkazu mówi o jego treści. Kodeks nie definiuje treści rozkazu, stanowi jednak, że musi on być wydany służbowo.

¹³ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 51.

¹⁴ M. Flemming, *Kodeks karny – część wojskowa. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2000, s. 49.

Oznacza to, że aby polecenie było rozkazem w świetle prawa karnego, musi ono (poza spełnieniem pozostałych przesłanek) dotyczyć spraw służbowych, czyli czynności związanej z normalnym zakresem spraw służbowych albo innymi określonymi zadaniami wojska, celami służby wojskowej oraz sumą uprawnień i obowiązków żołnierza¹⁵. Żołnierz może oczywiście otrzymywać rozkazy, które będą wykraczać poza normalny zakres spraw służbowych, pod warunkiem że przedmiot polecenia będzie miał związek ze służbą wojskową. Nie zawsze jednak będzie możliwe abstrakcyjne określenie zakresu spraw służbowych, dlatego też polecenia należy rozpatrywać w świetle okoliczności ich wydania, w danej sytuacji i w konkretnej sprawie¹⁶. Wskazuje się jednak, że rozkaz powinien być możliwy do wykonania – rozkazodawca powinien uwzględnić stopień przygotowania podwładnego, a także zapewnić mu niezbędne środki do wykonania rozkazu¹⁷. Kodeks nakazuje również, aby rozkaz polecał określone zachowanie. Oznacza to, że musi on być konkretny. Nie będą zatem rozkazami regulaminy, instrukcje oraz przepisy służbowe. Brak im bliższego określenia rozkazobiorcy oraz konkretnego działania lub zaniechania.

Strona formalna rozkazu odnosi się do formy jego wydania. Definicja kodeksowa nie wspomina o wymaganej formie wydawanego polecenia. Należy zatem sięgnąć do Regulaminu Ogólnego SZ RP. Zgodnie z jego pkt 19 rozkaz powinien być wydany ustnie, na piśmie albo za pomocą sygnałów i do tego stanowczo, a jego treść powinna być zwięzła i zrozumiała¹⁸. Oznacza to, że aby rozkaz był prawnie wiążący, nie ma obowiązku zachowania jego konkretnej formy. Tak długo, jak rozkazodawca wyda polecenie zwięzłe, stanowcze i zrozumiałe dla rozkazobiorcy, będzie ono rozkazem wiążącym (oczywiście przy spełnieniu pozostałych przesłanek ważności rozkazu). Przy tym przepisy nie określają, czy rozkaz ma być wydany bezpośrednio, czy może być wydany przykładowo za pośrednictwem gońca. Sąd Najwyższy uznał, że bezpośredniość nie jest koniecznym warunkiem bytu rozkazu. Nie straci on charakteru wiążącego tylko dlatego, że został przekazany przez innego

¹⁵ T. Bojarski i in., *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 234.

¹⁶ W. Marcinkowski, *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 43.

¹⁷ Regulamin Ogólny Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej..., dz. cyt., pkt 17.

¹⁸ Tamże, pkt 19, 21.

żołnierza¹⁹. Ponadto Regulamin Ogólny stwierdza, że rozkaz może być wydany za pomocą sygnałów, do których należy zaliczyć środki łączności stosowane w wojsku (w tym również gońców). Jedynym odstępstwem od zasady, że rozkaz może być wydany w dowolnej formie, jest sytuacja, którą określa Regulamin Ogólny. Rozkazobiorca może bowiem w szczególnie uzasadnionych przypadkach wystąpić o wydanie polecenia na piśmie, a rozkazodawca musi takie żądanie spełnić²⁰. Odmowa w tej sprawie będzie oznaczała, że rozkazobiorca nie będzie musiał wykonywać takiego polecenia. Wydanie rozkazu w formie pisemnej nie uchroni jednak podwładnego od odpowiedzialności za wykonanie rozkazu przestępnego. O bytności rozkazu zadecyduje zatem nie forma jego wydania, lecz rzeczywista wola przełożonego, wyrażona w taki sposób, aby podwładny zrozumiał treść i charakter polecenia²¹.

Podsumowując, rozkaz należy określić jako wyrażenie woli przełożonego (lub starszego stopniem) w sprawach służbowych, zobowiązujące podwładnego (młodszego stopniem) do ściśle określonego zachowania się, pod rygorem zastosowania przymusu i odpowiedzialności karnej (dyscyplinarnej i sądowej)²². Rozkaz charakteryzuje się zatem nierównorzędnym stosunkiem międzyosobowym, gdzie jedna osoba ma rzeczywistą władzę nad inną, gdzie istnieje stosunek władztwa i podporządkowania, który rodzi obowiązek posłuszeństwa jednej ze stron. Takie stosunki będą oczywiście typowe dla legalnych związków militarnych.

2. Prawna odpowiedzialność za działanie na rozkaz

Aby podjąć rozważania dotyczące odpowiedzialności za działanie na rozkaz, należy najpierw wyjaśnić podział rozkazów, pamiętając przy tym, że kwestia bezprawności może dotyczyć tylko takich objawów woli, które są faktycznie rozkazem. Polecenie musi zatem spełnić wszystkie elementy definicji rozkazu. Dopiero wtedy można rozpatrywać, czy było one bezprawne, czy zgodne z prawem. W świetle przepisów prawa

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 10.12.1970 r. – Rw 1359/70; Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa, 1971, nr 4, poz. 61.

²⁰ Regulamin Ogólny Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej..., dz. cyt., pkt 26.

²¹ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 40–41.

²² J. Ziewiński, dz. cyt., s. 75.

rozkaz może być prawny lub bezprawny. Ten pierwszy nie powinien budzić żadnych wątpliwości – rozkaz jest prawny, gdy nie narusza norm prawa, jest zatem zgodny z prawem. Wątpliwości pojawiają się dopiero przy pojęciu rozkazu bezprawnego.

Rozkaz może być niezgodny z normami prawa karnego lub z normami jakiegokolwiek innego prawa (na przykład prawa cywilnego, administracyjnego, przepisami wojskowymi). Właśnie na tej podstawie dzieli się rozkazy bezprawne na rozkazy przestępne i rozkazy nieprzestępne²³. Oczywiście staje się zatem, że rozkaz przestępny zawsze jest rozkazem bezprawnym, ale odwrotnie zależność ta nie zawsze zachodzi – nie każdy rozkaz bezprawny jest rozkazem przestępnym²⁴. Nie powinien budzić wątpliwości fakt, że rozkaz bezprawny, acz zgodny z normami prawa karnego, powinien zostać wykonany, a odpowiedzialność spadnie jedynie na rozkazodawcę²⁵. Ustawodawca pokierował się zasadą, że nieposłuszeństwo wobec rozkazów (naruszające przecież dyscyplinę wojskową) stanowiłoby większą szkodę społeczną niż naruszenie kręgu przepisów prawa.

Odmienne sytuacja ma się wobec rozkazu przestępnego – tutaj ustawodawca uznał, że nawet utrzymanie wysokiej dyscypliny w siłach zbrojnych nie może kolidować z dobrami wyższej wartości, czyli dobrami chronionymi przez prawo karne. I właśnie z punktu widzenia prawa karnego rozkaz przestępny ma najistotniejsze znaczenie.

Warto podkreślić, że rozkaz przestępny może być nie tylko nakazem popełnienia czynu zabronionego samym w sobie. Wykonanie rozkazu z pozoru będącego nieprzestępnym może również prowadzić do umyślnego popełnienia czynu zabronionego. Dlatego właśnie należy rozróżnić dwa typy rozkazów przestępnych²⁶.

Jak zatem wygląda odpowiedzialność za działanie na rozkaz? Ogólna zasada nakazuje żołnierzom posłuszeństwo wobec przełożonych i wykonywanie poleceń bez obawy narażenia się na odpowiedzialność karną²⁷. Również sam k.k. statuuje zasadę, że żołnierze winni

²³ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 53.

²⁴ Postanowienie Najwyższego Sądu Wojskowego z dnia 22.06.1961 r., Rw. 624/61, *Orzecznictwo Najwyższego Sądu Wojskowego za lata 1959–1962*, Warszawa 1964, s. 28.

²⁵ M. Flemming, dz. cyt., s. 51.

²⁶ J. Ziewiński, dz. cyt., s. 251.

²⁷ S. M. Przyjemski, *Prawo karne wojskowe*, Arche, Gdańsk 1999, s. 79.

wykonywać rozkazy przełożonych, nie ponosząc za to odpowiedzialności karnej. Dopiero w sytuacji gdy wykonawca rozkazu umyślnie popełnia przestępstwo, będzie on odpowiadał za swój czyn²⁸. Kodeks oparł zatem zasady odpowiedzialności na winie umyślnej, w obydwu jej postaciach. Żołnierz poniesie zatem odpowiedzialność przede wszystkim wtedy, gdy będzie chciał popełnić przestępstwo lub gdy będzie miał świadomość, że jego czyn może wypełnić znamiona przestępstwa, i będzie tego chciał, ale również w sytuacji gdy będzie działał w zamiarze ewentualnym – gdy będzie przewidywał, że może popełnić przestępstwo, i będzie się na to godził²⁹. Oznacza to, że w przypadku gdy wykonawca rozkazu działał nieumyślnie, nie będzie można pociągnąć go do odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa.

Taka sytuacja prowadzi jednak do problemu badania przez żołnierzy treści rozkazów. Wiadomo, że każdorazowe badanie treści poleceń podważałoby podstawowe zasady dyscypliny wojskowej i prowadziłoby do zachwiania sprawności funkcjonowania rozkazodawstwa i sił zbrojnych w ogóle. Wykonawca rozkazu powinien zatem rozkaz nieprzestępny wykonać bez zastrzeżeń, czemu k.k. daje wyraz w art. 343, sankcjonując niewykonanie rozkazu. Podnosi się, że żołnierz ma prawo zakładać, iż rozkazodawca wydając polecenie, dokonał już jego analizy, więc jest ono nieprzestępne³⁰. Wątpliwości pojawiają się przy rozkazie wypełniającym znamiona przestępstwa. Powinno uznać się tutaj zasadę ograniczonego zaufania, zgodnie z którą żołnierz powinien uznawać polecenie służbowe za niewadliwe aż do momentu, gdy zacznie zdawać sobie sprawę, że z jego wykonaniem wiąże się przestępstwo³¹. Polski k.k. posługuje się tutaj teorią myślących bagnetów. Żołnierz nie ma zatem obowiązku oceniać, czy rozkaz jest przestępny, czy nie, jednakże przy świadomości, że jego wykonanie wyczerpuje znamiona przestępstwa (lub bezpośrednio do niego prowadzi), będzie on odpowiadał za podporządkowanie temu poleceniu.

Z zagadnieniem wiążącej mocy rozkazu łączy się również możliwość zgłoszenia przez żołnierza prośby o wydanie rozkazu na piśmie. Żołnierz ma prawo zgłosić taką prośbę w razie wątpliwości bądź gdy

²⁸ Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – k.k., art. 318 § 18.

²⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005, s. 76–77.

³⁰ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 55.

³¹ M. Flemming, dz. cyt., s. 51–52.

wykonanie polecenia ma nastąpić w wyjątkowych warunkach³². Samo zgłoszenie takiej prośby jest wyraźnym potwierdzeniem wątpliwości rozkazobiorcy, a rozkazodawcy daje możliwość zmiany lub cofnięcia polecenia. Jednak mimo potwierdzenia rozkazu na piśmie rozkaz przestępny nie wiąże żołnierza i dopóki będzie on miał świadomość, że polecenie nosi znamiona czynu zabronionego, dopóty powinien odmówić jego wykonania.

Inną ważną kwestią jest odpowiedzialność rozkazodawcy. Kodeks nie wypowiada się wyraźnie co do tego, w jakiej formie działa żołnierz wydający rozkaz, którego realizacja skutkować będzie popełnieniem przestępstwa. Należy uznać, że przełożony będzie odpowiadał na podstawie art. 18 § 1 k.k. jako sprawca kierowniczy³³. Pogląd ten jest jak najbardziej trafny. Przełożony poleca bowiem wykonanie czynu mającego znamiona przestępstwa, a rozkazobiorca jest niejako w przymusowej sytuacji – między tymi podmiotami występuje przecież zależność i pewne podporządkowanie się kierującemu. Po stronie podwładnego zaistnieje przymus psychiczny – z obawy przed negatywnymi konsekwencjami będzie on chciał wykonać przestępny rozkaz zgodnie z instrukcjami i oczekiwaniami rozkazodawcy³⁴. Ponadto wydający polecenie będzie ponosił odpowiedzialność samodzielnie – nie będzie ona zależała od odpowiedzialności wykonawcy rozkazu przestępnego (który przecież mógł działać nieumyślnie). Rozkazodawca może oczywiście uniknąć tej odpowiedzialności w sytuacji, gdyby cofnął bądź zmienił swoje polecenie. Z kolei gdyby starał się zapobiec skutkom polecenia, sąd może nawet odstąpić od wymierzenia kary. Oczywiście jeśli przełożony działał on pod wpływem błędu faktycznego albo prawnego, jego odpowiedzialność będzie wyłączona.

Podsumowując, należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia prawa karnego istotne będą jedynie rozkazy przestępne. Właśnie one będą w kręgu zainteresowania problematyki wykonywania i nieposłuszeństwa rozkazom. Co do zasady rozkazobiorca będzie musiał wykonać polecenia bez analizowania ich zgodności z prawem czy celowości. Jednak w wyjątkowych sytuacjach, gdy zaistnieje podejrzenie, że rozkaz może nosić znamiona czynu zabronionego, żołnierz nie tylko powinien

³² Regulamin Ogólny Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej..., dz. cyt., pkt 26.

³³ A. Marek, *Prawo karne*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2005, s. 165.

³⁴ M. Czyżak, *Odpowiedzialność za wykonanie przestępnego rozkazu w polskim prawie karnym*, „WPP” 2003, nr 3.

przeanalizować zgodność polecenia z prawem, ale gdyby uznał je za przestępne, nie powinien go wykonywać. Nie może zatem zasłaniać się obowiązkiem posłuszeństwa, gdy umyślnie popełnił przestępstwo. Bez względu jednak na jego winę rozkazodawca co do zasady będzie ponosił odpowiedzialność za wydanie przestępnego rozkazu. Nakazuje się tym samym, aby rozkazodawcy wydawali polecenia zgodne z prawem karnym, w sposób odpowiedzialny i przemyślany.

3. Nieposłuszeństwo wobec rozkazu wojskowego

Niewykonanie rozkazu jest przestępstwem umieszczonym w rozdziale XL k.k., traktującym o przestępstwach przeciwko dyscyplinie wojskowej. Jest ono przestępstwem indywidualnym – jego sprawcą może być tylko osoba pełniąca czynną służbę wojskową, czyli żołnierz (zgodnie z definicją zawartą w art. 115 § 17 k.k.)³⁵. Umieszczenie tego czynu jako pierwszego w katalogu przestępstw przeciwko dyscyplinie wojskowej sugeruje, że jest to jedno z najpoważniejszych przestępstw tej kategorii. Jego powaga polega głównie na tym, że naruszona zostaje dyscyplina wojskowa – w warunkach organizacji opartej na zasadzie posłuszeństwa jest to niedopuszczalne. Warto ponadto podkreślić, że przestępstwo to dotyczy jedynie niewykonania rozkazu, czyli polecenia, które spełnia wszystkie przesłanki wymagane, by było ono uznane za rozkaz w świetle k.k.³⁶ Wydaje się zatem, że naruszenie przez żołnierza instrukcji lub innych ogólnych przepisów nie będzie przestępstwem niewykonania rozkazu³⁷.

Wiadomo, że przestępstwa nieposłuszeństwa wobec rozkazu może dopuścić się tylko żołnierz. Jak z kolei wygląda strona przedmiotowa tego przestępstwa?

Art. 343 w § 1 określa podstawowy typ popełnienia przestępstwa. Może ono przybrać trzy różne formy. Przede wszystkim jest to zwykłe niewykonanie rozkazu – podwładny nie wykona polecenia, ale nie będzie tego w żaden sposób manifestował. Takie zachowanie będzie

³⁵ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 264.

³⁶ Musi być to rozkaz w rozumieniu art. 115 § 18 k.k. – „polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem”.

³⁷ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 267.

polegało na zaniechaniu wykonania nakazanej czynności bądź na kontynuacji wykonywania czynności, której rozkazuje się zaprzestać³⁸. Drugim z kolei sposobem popełnienia przestępstwa niewykonania rozkazu typu podstawowego jest odmowa wykonania rozkazu. Oznacza ona manifestację niesubordynacji podwładnego. Żołnierz oświadczy wobec rozkazodawcy (lub osoby, która przekazała polecenie), że nie wykona rozkazu, albo przynajmniej w wyraźny sposób okaże swój zamiar jego niewykonania. Zachowanie to będzie przestępstwem samym w sobie, co oznacza, że nawet powrót do posłuszeństwa będzie jedynie okolicznością wpływającą na złagodzenie kary³⁹. Takie zachowanie żołnierzy jest szczególnie groźne, gdyż może negatywnie wpłynąć na postawę innych żołnierzy oraz obniżyć autorytet przełożonego. Trzecią formą niewykonania rozkazu jest jego wykonanie, ale niezgodnie z jego treścią. Może ono polegać na wykonaniu rozkazu częściowo, w inny niż nakazano sposób, czy chociażby wprowadzeniu zmian dotyczących znaczących elementów⁴⁰. Zrozumiałe jest również, że w przypadku gdy niepełne wykonanie rozkazu nie było zamierzone przez wykonawcę bądź gdy wprowadzone zmiany nie naruszyły istoty nakazanego zachowania, przestępstwo nie zostanie dokonane.

Wszystkie trzy rodzaje przestępstwa wymienione w § 1 art. 343 k.k. są przestępstwami publiczno-skargowymi, ściganymi na wniosek dowódcy jednostki. Mogą one zostać popełnione tylko z winy umyślnej – niewykonanie rozkazu albo wykonanie go niezgodnie z treścią może być popełnione w zamiarze bezpośrednim i ewentualnym, zaś odmowa wykonania rozkazu jedynie w zamiarze bezpośrednim (wymaga bowiem szczególnego nastawienia sprawcy).

Kolejny paragraf (§ 2) art. 343 k.k. zawiera kwalifikowane typy przestępstwa niewykonania rozkazu, mogące przyjąć formę trzech sytuacji. Przede wszystkim sprawca może działać wspólnie z innymi żołnierzami. Będzie to zbiorowy akt niesubordynacji, dokonany przez trzech żołnierzy działających w porozumieniu – tylko wtedy bowiem prawdziwe będzie stwierdzenie, że jeden z nich (i każdy z osobna) działał wspólnie z innymi żołnierzami⁴¹. Taki czyn musi być

³⁸ L. Wilk, *Nieposłuszeństwo rozkazowi wojskowemu*, „WPP” 2002, nr 1.

³⁹ Tamże, s. 270, 275.

⁴⁰ M. Flemming, dz. cyt., s. 137.

⁴¹ S. M. Przyjemski, *Prawo karne w wojsku. Vademecum dowódcy*, Agencja Wydawnicza „Egros”, Warszawa 1998, s. 80.

popelniony w zamiarze bezpośrednim, sprawca nie może przecież tylko godzić się na współpracę. Podobna sytuacja zajdzie, gdy żołnierz działa w obecności innych żołnierzy. Ta obecność nie tylko musi być realna, ale także zebrani żołnierze muszą faktycznie mieć możliwość obserwacji niesubordynacji. W tym przypadku przestępstwo może być popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Działanie sprawcy musi być spostrzeżone przez co najmniej dwóch innych żołnierzy, nie mogą to jednak być ani współsprawcy, ani obecni na miejscu podlegacz czy pomocnik, ani żołnierze wezwani w celu przywołania porządku, ani oczywiście sprawca czy rozkazodawca⁴². Trzecim kwalifikowanym typem przestępstwa niewykonania rozkazu będzie czyn, na skutek którego nastąpiła znaczna szkoda majątkowa lub inna poważna szkoda. Elementem kwalifikującym jest tutaj skutek, który może być objęty zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Jest to jedyne przestępstwo nieposłuszeństwa wobec rozkazu mające charakter skutkowy. Wszystkie pozostałe są bowiem przestępstwami formalnymi – bytność przestępstwa nie jest zależna od zaistnienia skutku⁴³. Czym zatem są znaczna szkoda majątkowa i inna poważna szkoda? Zgodnie z definicją ustawową zawartą w k.k. znaczna szkoda majątkowa jest to szkoda obejmująca mienie o wartości przekraczającej 200 tys. zł⁴⁴. Wyrażenie „inna poważna szkoda” ma z kolei charakter ocenny. Wydaje się, że ustawodawca miał na myśli przede wszystkim szkodę w dobrach niematerialnych. Część autorów opowiada się za tezą, że szkoda majątkowa, ale niesięgająca granicy znacznej szkody, powinna być częścią właśnie innej poważnej szkody⁴⁵. Bardziej prawidłowe wydaje się jednak stwierdzenie, iż takie zachowanie powinno być kwalifikowane jako czyn z art. 343 § 1 k.k., tym bardziej że ustawodawca niejako przeciwstawił inną poważną szkodę znacznej szkodzie majątkowej, dając tym samym wyraz myśli, iż uszczerbek ten nie ma charakteru finansowego. Sprawca musi lub powinien przewidzieć takie następstwo. W zależności jednak od tego, czy objął swoim zamiarem również następstwo, czyn będzie przestępstwem umyślnym bądź umyślno-nieumyślnym⁴⁶.

⁴² W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 273.

⁴³ Tamże, s. 273.

⁴⁴ Ustawa z dnia 6.06.1997 r. – k.k., art. 115 § 7 w zw. z § 5.

⁴⁵ M. Flemming, dz. cyt., s. 139.

⁴⁶ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 271–274.

Ciekawą sytuacją jest, że kodeks penalizuje w pewnym sensie przygotowanie do popełnienia przestępstwa nieposłuszeństwa wobec rozkazu. Zgodnie z art. 343 § 3 k.k. karalne będzie samo wejście w porozumienie co najmniej trzech żołnierzy w celu niewykonania, odmowy wykonania lub wykonania rozkazu niezgodnie z jego treścią. Porozumienie takie musi określać czyn i deklarację wspólnego działania. Oznacza to, że będzie polegało na podjęciu decyzji o popełnieniu przestępstwa⁴⁷. Jasne staje się, że przestępstwo to może być popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim. Również na mocy przepisów ogólnych (art. 17 § 1 k.k.) gdyby którykolwiek ze współsprawców dobrowolnie odstąpił od porozumienia, nie będzie on ponosił odpowiedzialności karnej.

Warto podkreślić, że bez względu na rodzaj niesubordynacji nie są ważne motywy sprawców. Ich czyny będą karane w taki sam sposób, bez względu na motyw, przede wszystkim dlatego, że stanowią one ogromne zagrożenie dla dyscypliny i organizacji wojska.

Rzadko spotykanym w prawie jest art. 344 k.k., który niejako ustanawia prawo niewykonania rozkazu przestępnego. Przepis ten stanowi uzupełnienie art. 318 k.k., zgodnie z którym żołnierz nie popełnia przestępstwa, gdy dopuszcza się czynu zabronionego, będącego wykonaniem rozkazu, chyba że umyślnie popełnia przestępstwo⁴⁸. Oznacza to, że w przypadku gdy żołnierz nie ma świadomości przestępności czynu, przepisy art. 344 nie będą miały żadnego zastosowania, gdyż zwyczajnie nie będzie on popełniał przestępstwa w wykonaniu rozkazu. Omawiany artykuł posługując się pojęciem przestępstwa, automatycznie ogranicza zastosowanie tego przepisu wobec rozkazów nieprzestępnych. Otrzymane polecenie może dotyczyć przestępstwa wojskowego i pospolitego, jak również formalnego i skutkowego. Rozkaz bezprawny, ale nieprzestępny (czyli taki, który będzie naruszał inne prawo niż prawo karne dziedziny prawa, na przykład rozkaz nakazujący popełnienie wykroczenia) będzie podlegał wykonaniu, a w przypadku niesubordynacji – podwładny będzie odpowiadał za niewykonanie rozkazu na podstawie art. 343 k.k.

Szczególnie istotna jest tutaj kwestia świadomości wykonawcy rozkazu, która będzie wyznaczała granicę obowiązku posłuszeństwa⁴⁹.

⁴⁷ S. M. Przyjemski, *Prawo karne w wojsku...*, dz. cyt., s. 82.

⁴⁸ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 277.

⁴⁹ M. Flemming, dz. cyt., s. 140.

Możliwość przewidywania należy oceniać indywidualnie. Oczywiście jest, że nie można stworzyć jednego wzoru zachowań i procesu kojarzenia wobec wszystkich żołnierzy (tak samo jak i osób cywilnych). Poszczególne sytuacje muszą być zatem rozpatrywane indywidualnie, w stosunku do konkretnych osób. Nie jest możliwe również, aby wymagać od każdego żołnierza analizowania, czy dany rozkaz ma znamiona czynu zabronionego i czy należy odmówić jego wykonania. Podwładny zakłada bowiem, że rozkazodawca zna prawo i wydaje rozkazy zgodne z prawem. Żołnierz ma zatem prawny obowiązek przystąpienia do wykonania rozkazu oraz wykonywania go (w sytuacji gdy jest to czynność rozłożona w czasie) tak długo, jak nie ma świadomości jego przestępności⁵⁰.

Warto w tym miejscu zauważyć, że owa przestępność rozkazu może ujawnić się na dwa sposoby. Rozkaz może bezpośrednio nakazywać popełnienie przestępstwa już w swej treści. Jeśli podwładny rozpozna, że nakazany czyn nosi znamiona przestępstwa, to jest nie tylko uprawniony, ale wręcz obowiązany, aby tego polecenia nie wykonać bądź odmówić jego wykonania. W drugim przypadku rozkaz nie będzie bezpośrednio nakazywał popełnienia przestępstwa, które ujawni się dopiero w trakcie wykonywania polecenia. Jeśli podwładny podczas działania uświadomi sobie, że spełnienie rozkazu będzie prowadziło do popełnienia przestępstwa, to ma obowiązek odmowy dalszego wykonywania polecenia lub zaprzestania jego wykonywania. Przepisy dotyczące dyscypliny wojskowej zawsze muszą ustąpić ochronie dóbr wyższej wartości – dóbr chronionych przepisami prawa karnego. Obowiązujące przepisy są zatem zgodne z tak zwaną teorią myślących bagnetów. Żołnierz nie może być zobowiązany do analizy każdego wydanego mu polecenia, jednakże w sytuacji gdy uświadamia sobie, że jego czynności noszą znamiona przestępstwa, ma obowiązek niewykonania takiego rozkazu⁵¹. Warto jednak podkreślić, że powinien on mieć pewność co do przestępności rozkazu, gdyż samo przypuszczenie nie może być uzasadnieniem niesubordynacji⁵².

Skoro wytłumaczone zostały podstawowe problemy dotyczące interpretacji poszczególnych pojęć pojawiających się w art. 344 k.k., należałoby dokładnie omówić obydwaj jego paragrafy.

⁵⁰ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 284.

⁵¹ Tamże, s. 285.

⁵² M. Flemming, dz. cyt., s. 142.

Zgodnie z § 1 art. 344 k.k. skoro żołnierz nie popełnia przestępstwa, to zostaje uchylona bezprawność czynu. Przepis legalizuje odmowę oraz niewykonanie przestępnego rozkazu, przez co żołnierz nie popełnia przestępstwa. Art. 343 § 1 k.k., definiujący nieposłuszeństwo wobec rozkazu, stanowi jednak, że obok odmowy oraz niewykonania rozkazu również wykonanie rozkazu niezgodnie z jego treścią będzie uznane za przestępstwo nieposłuszeństwa. Brak tej trzeciej formy w art. 344 § 1 k.k. nasuwa zatem wniosek, że przepis ten nie legalizuje takiego zachowania. Należy jednak uznać, że w sytuacji gdy żołnierz wykona przestępny rozkaz niezgodnie z jego treścią, wypaczając go na tyle, iż do popełnienia przestępstwa nie dojdzie, to jego zachowanie będzie zgodne z prawem i podlegające ochronie w ramach przepisów art. 344 § 1 k.k.⁵³

Niewykonanie rozkazu będzie zatem polegało na niepodjęciu czynności zmierzających do wypełnienia polecenia przełożonego, odmowa z kolei będzie oznaczała manifestację (słowną lub niewerbalną) zamiaru niepodporządkowania się poleceniom. Nie można jednak uznać za odmowę samego stwierdzenia żołnierza, że otrzymał rozkaz polecający dokonanie przestępstwa. W przypadku gdy przełożony, mimo odmowy posłuszeństwa, będzie nalegał, że rozkaz ma być wykonany, wskazane wydaje się, aby żołnierz zgłosił problem wyższemu przełożonemu lub prokuratorowi wojskowemu⁵⁴.

Kolejny paragraf omawianego przepisu (§ 2 art. 344 k.k.) nie uchyla bezprawności zachowania żołnierza, a jedynie sugeruje, aby w stosunku do żołnierza, który wykonał przestępny rozkaz niezgodnie z jego treścią w celu istotnego zmniejszenia szkodliwości czynu, sąd stosował nadzwyczajne złagodzenie kary lub od kary odstąpił. Posługując się jednak stwierdzeniem, że sąd może zastosować takie środki, przepis ten nadaje tej zasadzie charakter fakultatywny, zależny od uznania sądu. Wydaje się, że został on skonstruowany, ponieważ postawa żołnierzy decydujących się na wykonanie rozkazu przestępnego niezgodnie z jego treścią zasługuje na wyróżnienie. W warunkach służby wojskowej podjęcie decyzji, czy dany rozkaz wykonać, czy nie, może bowiem napotkać wiele trudności i dylematów. Logiczne wydaje się, że w sytuacji gdy żołnierz wykona rozkaz przestępny, na tyle zmieniając

⁵³ W. Marcinkowski, dz. cyt., s. 279–280.

⁵⁴ Tamże, s. 280.

jego treść (czy sposób wykonania), że nie dojdzie do przestępstwa, nie będzie miał zastosowania omawiany przepis. Nie powinno się też stosować wobec takiego żołnierza przepisów o nieposłuszeństwie wobec rozkazu (art. 343 § 1 k.k.).

Podsumowanie

Podsumowując, należy sformułować kilka wniosków dotyczących rozkazu wojskowego, odpowiedzialności za działanie na rozkaz oraz nieposłuszeństwa wobec rozkazu. Zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami:

- Definicja rozkazu jest definicją ustawową, zawartą w k.k., co nadaje jej szczególnie ważne znaczenie w wojskowym prawie karnym. Rozkaz, będący poleceniem, musi jednak spełniać podstawowe kryteria. Przede wszystkim musi zostać wydany przez uprawniony do tego podmiot tylko podmiotowi obowiązkanemu do wykonania rozkazu – może go więc wydać jedynie przełożony lub starszy stopniem, a jego wykonawcą może być tylko żołnierz. Między tymi podmiotami zachodzi stosunek podporządkowania, który stwarza po stronie wykonawcy polecenia obowiązek posłuszeństwa wobec przełożonego (starszego stopniem). Ponadto rozkaz musi być wydany służbowo, czyli dotyczyć służby i związanych z nią obowiązków. Z kolei jego forma nie jest ważna – może on być przekazany w dowolnej formie, pod warunkiem jego jasności i zrozumiałości. W przypadku gdy któraś przesłanka nie zostanie spełniona, polecenie nie będzie rozkazem w prawnokarnym znaczeniu tego słowa.
- Z punktu widzenia prawa karnego (i nie tylko) rozkaz nakazujący popełnienie przestępstwa lub bezpośrednio prowadzący do takiego czynu jest szczególnie groźny. Karna odpowiedzialność za działanie na rozkaz opiera się jednak na świadomości sprawcy – tylko w przypadku gdy wykonawca polecenia umyślnie popełnia przestępstwo, będzie odpowiadał za popełniony czyn zabroniony. Jeśli zaś żołnierzowi nie można przypisać winy umyślnej, nie poniesie on odpowiedzialności karnej. Odpowiedzialność przełożonego wydającego rozkaz jest niezależna od odpowiedzialności

wykonawcy rozkazu – co do zasady poniesie on odpowiedzialność, tak jak sprawca przestępstwa.

- Przestępstwo nieposłuszeństwa wobec rozkazu wojskowego jest przestępstwem indywidualnym, którego może dopuścić się tylko żołnierz. Może ono zostać popełnione na trzy sposoby – jako niewykonanie rozkazu, odmowa jego wykonania lub wykonanie niezgodnie z jego treścią. Oprócz podstawowej formy popełnienia przestępstwa istnieją jego trzy typy kwalifikowane, polegające na działaniu wspólnie z innymi żołnierzami, w obecności zebranych żołnierzy bądź ze skutkiem w postaci znacznej szkody majątkowej lub innej poważnej szkody, które mają oczywiście surowszą sankcję. Co ciekawe, penalizuje się również przygotowanie do popełnienia przestępstwa nieposłuszeństwa wobec rozkazu w postaci porozumienia z innymi żołnierzami. Ponadto kodeks ustanawia instytucję tak zwanego usprawiedliwionego niewykonania rozkazu, zgodnie z którą żołnierz powinien odstąpić od rozkazu, którego wykonanie nosi znamiona czynu zabronionego, gdy tylko będzie miał świadomość przestępności swojego postępowania.
- Rozkaz wojskowy niewątpliwie pozostaje bardzo ważną, ale również dość problematyczną instytucją prawa karnego. Często wykonanie poleceń może budzić poważne kontrowersje, dlatego to, czy dany rozkaz był przestępny, czy żołnierz miał tego świadomość, i wreszcie – czy w ogóle był rozkazem, czy też był wadliwy i nie podlegał wykonaniu, zawsze powinno być badane w konkretnych sytuacjach w świetle indywidualnych cech podmiotów.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ PAŃSTWA ZA DZIAŁANIA ŻOŁNIERZY WIELONARODOWYCH SIŁ ZBROJNYCH W PERSPEKTYWIE OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

STATE RESPONSIBILITY WITH REGARD TO OPERATIONS OF MULTINATIONAL FORCES IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Summary

Limited to the actual application of international human rights law, an analysis is provided in the article of state responsibility with regard to operations of multinational forces. The discussion presented in the article is predominantly grounded in the judgments of the European Court of Human Rights – an institution which has already taken a stance on the matter on a number of occasions – in the following cases: *Al-Jedda vs The United Kingdom* and *Al-Skeini vs The United Kingdom*. The article points out issues which appear to be of fundamental importance in the context of Strasbourg case-law. The first one is the very division of responsibility and the potential attribution of conduct to a state in a situation when a multinational contingent operates under the auspices of an international organization. Another issue that needs to be investigated is the jurisdiction of the state, including any potential extraterritorial applications of treaty provisions. Some highly interesting and important questions arise here given the relationship between the obligations under the United Nations documents, in particular under the United Nations Charter, and the provisions of the European Convention on Human Rights. Finally, the article explores the scope of the indicated obligations in the light of the fact that, in principle, multinational forces operate under conditions substantiating the use of derogation clauses.

key words: human rights, state's responsibility, multinational forces

Wstęp

Inspiracją dla poniższych rozważań stały się wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w sprawie Al-Jedda przeciwko Zjednoczonemu Królestwu¹ oraz w sprawie Al-Skeini przeciwko temu samemu państwu². W obu przypadkach ETPC ustalał, czy władze brytyjskie ponoszą odpowiedzialność z tytułu naruszenia Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC)³ w wyniku działań żołnierzy swoich oddziałów wchodzących w skład wielonarodowych sił operujących w Iraku. Orzeczenia te mają duże znaczenie dla oceny skutków prawnych zaangażowania poszczególnych państw w takie przedsięwzięcia. Ich waga jest tym większa, że Trybunał w Strasburgu przyjął odmienne rozstrzygnięcia w stosunku do swoich decyzji ze spraw *Behrami* i *Saramati*⁴, w których odpowiedzialność nie została przypisana żadnemu ze skarżonych państw. Decyzje te wywołały wiele kontrowersji w literaturze⁵, a także wątpliwości podnoszonych między innymi przez Komisję Europejską⁶. Mimo to ETPC w kolejnych decyzjach w sprawach *Kasumaj*⁷ oraz *Gajić*⁸ podtrzymał swój pogląd, że odpowiedzialność za działania KFOR

¹ *Al-Jedda v. The United Kingdom*, Application no. 27021/08, 7.07.2011 r.

² *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom* [GC], Application no. 55721/07, 7.07.2011 r.

³ Europejska Konwencja Praw Człowieka z 4.11.1950 r. Polska ratyfikacja Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

⁴ *Behrami and Behrami v. France*, Application no. 71412/01; *Saramati v. France, Germany and Norway*, Application no. 78166/01, decyzja z dnia 2.05.2007 r.

⁵ Zob. m.in. M. Milanovic, T. Papic, *As Bed as it Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law*, „International and Comparative Law Quarterly” 2009, vol. 58, s. 267–296; A. Sari, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, „Human Rights Law Review” 2008, Issue 8, s. 151–170; I. C. Kamiński, *Kontrola Rezolucji Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych i wynikających z nich działań sprawowana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka – uwagi o decyzji w sprawach Behrami i Saramati z dn. 31 maja 2007* [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka [red.], *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary*, Katowice 2009, s. 275.

⁶ Por. Report of the International Law Commission, *Responsibility of International Organisations. Comments and Observations, Received from International Organisations*, A/CN.4/637, s. 22.

⁷ Por. *Kasumaj v. Greece*, Application No. 6974/05, decyzja z dnia 5.06.2007 r.

⁸ Por. *Gajić v. Germany*, Application No. 31446/02, decyzja z dnia 28.08.2007 r.

(*Kosovo Force*) w Kosowie należy przypisać ONZ, a nie państwom wysyłającym poszczególne kontyngenty. W doktrynie pojawiało się zatem pytanie, czy podjęte rozstrzygnięcie będzie można rozciągnąć na wszystkie misje autoryzowane przez ONZ⁹. W sprawach *Al-Skeini* oraz *Al-Jedda* nieuchronne były w związku z tym porównania pomiędzy operacjami w Kosowie i Iraku. Trybunał uznał, że w przypadku Iraku odpowiedzialność spoczywa na państwach, nie zaś na organizacji międzynarodowej.

Podstawowym wnioskiem, jaki można tu wyciągnąć, jest pozornie oczywista konkluzja, że operacje wielonarodowych sił zbrojnych nie mogą być traktowane jednakowo.

W praktyce siły wielonarodowe są tworzone zarówno pod auspicjami organizacji międzynarodowych dla realizacji ich traktatowo określonych celów, jak i poza tymi strukturami, w ramach akcji wojskowych przeprowadzanych przez poszczególne państwa. Nie istnieje tu jakaś wypracowana klasyfikacja, a jedynie odniesienia do rodzajów misji, które takie siły realizują, dlatego problem odpowiedzialności zazwyczaj podlega ocenie *ad hoc*¹⁰. W przypadku akcji pokojowych wyróżnia się: 1) działania sił samego ONZ¹¹; 2) działania wielonarodowych sił pod narodowym dowództwem na podstawie autoryzacji dokonanej w rezolucji Rady Bezpieczeństwa¹²; 3) działania pod auspicjami organizacji regionalnych¹³. Jednocześnie podkreślić wypada, że mandat tych misji jest zróżnicowany

⁹ Por. J. A. Kearney, S. Botzios, T. B. Hadden, *Addressing the Accountability Challenges of International Policing*, „Crime Law Society Change” 2011, vol. 55, s. 231.

¹⁰ K. Larsen, *Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ test*, „European Journal of International Law” 2008, vol. 19, s. 512.

¹¹ Wymienić tu wypada następujące misje – Kambodża: UNTAC; Somalia: UNOSOM II; Bośnia i Hercegowina: UNPROFOR; Rwanda: UNAMIR II; Haiti: UNMIH; Kosowo: UNMIK; Timor: UNTAET; Sierra Leone: UNAMSIL; Etiopia i Erytrea: UNMEE; Kongo: MONUC; Wybrzeże Kości Słoniowej: MINUCI; Liberia: UNMIL.

¹² Do nich należy zaliczyć misje w Iraku oraz Afganistanie. Ponadto podobny charakter miały następujące misje – Somalia: UNITAF; Rwanda: Opération Turquoise; Haiti: MNF; Bośnia i Hercegowina: IFOR, SFOR; Kosowo: KFOR; Timor: INTERFET; Afganistan: ISAF; Wybrzeże Kości Słoniowej: Opération Licorne.

¹³ Liberia: ECOMOG w latach 90.; ECOMIL w 2003 r.; Sierra Leone: ECOMOG; Burundi: AMIB.

i niejednokrotnie ewoluuje wraz z treścią poszczególnych rezolucji Rady Bezpieczeństwa¹⁴. W przypadku zaangażowania sił zbrojnych w powiązaniu z zaangażowaniem organizacji międzynarodowej występują trzy możliwości odpowiedzialności: 1) samej organizacji; 2) organizacji i państw wysyłających kontyngent; 3) samego państwa lub państw¹⁵. Ponadto należy zwrócić uwagę, że w sytuacji ukonstytuowania się mniej lub bardziej stabilnego rządu na terytorium operowania sił wielonarodowych może wchodzić w grę kwestia odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka ze strony tego pierwszego podmiotu.

Problemów przybywa, kiedy w daną sytuację jest zaangażowanych kilka organizacji międzynarodowych. Mianowicie zazwyczaj pojawiają się wtedy nie tylko dodatkowe trudności z ustaleniem podmiotu odpowiedzialnego za określone postępowanie¹⁶, ale też tworzy się pole konfliktów pomiędzy samymi organizacjami¹⁷. Jeśli przyjmiemy zasady określone w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego, odpowiedzialność w takich sytuacjach powinna być ustalana w oparciu o rozstrzygnięcie, który podmiot posiada i wykonuje efektywne dowództwo i kontrolę w danej sytuacji¹⁸.

¹⁴ Często zdarza się, że misje te operują częściowo w oparciu o rozdział VI (*peacekeeping*) lub VIII (*peace building*) Karty NZ bądź realizują rozdział VII (*peace enforcement*). Zob. m.in. I. Popiuk-Rysińska, *Operacje pokojowe Narodów Zjednoczonych* [w:], J. Symonides, *Organizacja Narodów Zjednoczonych. Bilans i perspektywy*, Warszawa 2006, s. 106–126.

¹⁵ Szersze rozważania na temat relacji między odpowiedzialnością organizacji i państw zob. C. Ryngaert, H. Buchanan, *Member State Responsibility for the Acts of International Organizations*, „Utrecht Law Review” 2011, vol. 7, issue 1, s. 131–146. Por. także A/59/10, par.101.

¹⁶ Przykładem takiej sytuacji może być kooperacja ONZ i UE w Afryce, choćby przy realizacji misji Artemis w Republice Konga w 2003 r.; zob. szerzej: A. T. Hengari, *EU-UN Partnership in Military Conflict Management: Whither the African Union Security Infrastructure?*, „African Journal of Conflict Resolution” 2011, vol. 11, nr 1, s. 153–173.

¹⁷ Por. S. Ancas, *The Effectiveness of Regional Peacemaking in Southern Africa – Problematising the United Nations-African Union-Southern African Development Community Relationship*, „African Journal of Conflict Resolution” 2011, vol. 11, nr 1, s. 131.

¹⁸ Por. w tym zakresie stanowisko Sekretariatu Generalnego Narodów Zjednoczonych w: *Responsibility of International Organisations. Comments and Observations Received from International Organisations*, A/CN/.4/545, s. 17–18, a także Secretary-General's Report A/51/389.

Analizując problem pod kątem norm, które od strony *rationae materiae* mogą mieć zastosowanie w operacjach wielonarodowych, można wyliczyć następujące ich grupy:

- ogólnego prawa międzynarodowego, a w szczególności Karty Narodów Zjednoczonych i aktów organów ONZ powstałych w oparciu o nią;
- umów pomiędzy ONZ a państwem lub państwami odnośnie statusu prawnego określonych sił¹⁹;
- międzynarodowego prawa humanitarnego²⁰;
- międzynarodowego prawa praw człowieka;
- prawa wewnętrznego obowiązującego na danym terytorium;
- regulacji prawa wewnętrznego, którym są związane siły zbrojne państwa wysyłającego²¹.

1. Zastosowanie praw człowieka w sytuacji zaangażowania sił wielonarodowych

W sprawie *Al-Jedda* skarżący został aresztowany przez amerykańskich żołnierzy w Iraku, ale miejscem jego internowania było centrum zatrzymań prowadzone przez brytyjskie siły zbrojne. Przebywał tam przez trzy lata – od 10 października 2004 r. do 30 grudnia 2007 r.²²

¹⁹ Dotyczy to w dużej mierze *Status of Forces Agreement* (SOFA), których modelowy kształt został przyjęty przez ONZ w 1990 r.; por. Report of the Secretary General, *Model Status of Forces Agreement, for Peacekeeping Operations*, UN.Doc. A/54/594 (1990). Nie bez znaczenia pozostają także *Memorandum of Understanding*. Rzeczpospolita Polska jest stroną takiego porozumienia np. odnośnie zaangażowania w SHIRBRIG; por. *Memorandum of Understanding Concerning Operations, Funding Administration and Status of Multinational United Nations Forces Stand-By Forces High-Readiness Brigade*.

²⁰ Podkreślić wypada, że dyskutowana jest tu m.in. kwestia, czy ma to być prawo międzynarodowych, czy też niemiedzynarodowych konfliktów zbrojnych. Por. A. Aeschlimann [w:] *Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law on UN Mandated Forces*, Report on Expert Meeting on Multinational Peace Operations, Geneva 2003; A. Faite, J. L. Grenier, ICRC_002_0912.pdf, s. 24.

²¹ Ten element wyraźnie był akcentowany przez Izbę Lordów i rząd Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii w sprawie *Al-Skeini*; por. par. 119 tego wyroku.

²² Por. *Al-Jedda*, par. 10. Skarżący urodził się w Iraku, a do Wielkiej Brytanii przybył w 1992 r., gdzie złożył wniosek o azyl. Wniosek został rozpatrzony pozytywnie, w związku z czym mógł on pozostać w Zjednoczonym Królestwie przez czas nieokreślony. W 2000 r. skarżący uzyskał obywatelstwo Zjednoczonego Królestwa.

W trakcie trzyletniego pozbawienia wolności w związku z zarzucanym zaangażowaniem w terroryzm²³ skarżący nie stanął przed sądem, mógł się ustosunkowywać do zarzutów jedynie pisemnie, a decyzje o przedłużaniu internowania poszczególne kompetentne ciała podejmowały w oparciu o ograniczony dostęp do materiałów wywiadu²⁴.

W sprawie *Al-Skeini* skargi dotyczyły naruszenia materialnych i proceduralnych gwarancji prawa do życia (art. 2 EKPC) w związku ze śmiercią sześciu osób cywilnych poniesioną z rąk żołnierzy brytyjskich, a także brakiem efektywnego śledztwa w tych sprawach. Brat pierwszego skarżącego Hazim Al-Skeini został zastrzelony na ulicy przez dowódcę patrolu operującego w dzielnicy Basry²⁵. Muhammad Salim zginął na skutek otwarcia ognia przez żołnierza z oddziału, który wtargnął do domu, gdzie ofiara przebywała z wizytą²⁶. Żona trzeciego skarżącego zmarła od ran odniesionych w wyniku strzałów z karabinu maszynowego oddanych w kierunku budynku zamieszkiwanego przez rodzinę skarżącego²⁷. Czwarta skarga dotyczyła śmierci Waleeda Sayay Muzbana, kierowcy ostrzelanego na ulicy minibusa²⁸. Ciało syna piątego skarżącego zostało znalezione w wodzie dwa dni po tym, gdy nie wrócił na noc do domu. Świadek powiadomił skarżącego, że widział, jak brytyjscy żołnierze bili i wypychali jego syna do wód rzeki Szatt al-Arab²⁹. Z kolei śmierć syna szóstego skarżącego nastąpiła w brytyjskim areszcie po trzech dniach od momentu jego zatrzymania. Należy dodać, że podczas sekcji zwłok zidentyfikowano na ciele syna skarżącego 93 obrażenia³⁰. We wszystkich przypadkach odmówiono

²³ Zarzuty obejmowały rekrutację terrorystów poza Irakiem, ułatwianie podróży do Iraku ekspertowi w zakresie ładunków wybuchowych i eksplozji, konspirację z tym ekspertem w celu przeprowadzenia ataków na żołnierzy koalicji w regionie Faludży i Bagdadu, a także konspirowanie z członkami różnych ugrupowań terrorystycznych w regionie Zatoki Perskiej w celu przemytu urządzeń pirotechnicznych wysokiej jakości – *Al-Jedda*, par. 11.

²⁴ Należy dodać, że postępowanie sądowe w tym przypadku zostało ograniczone do przedstawienia przez dwóch oficerów sądom krajowym dowodów zawartych w materiałach wywiadu, że istnieją uzasadnione podstawy do podejrzewania skarżącego o zarzucane czyny – por. *Al-Jedda*, par. 12.

²⁵ *Al-Skeini*, par. 34–38.

²⁶ *Al-Skeini*, par. 39–42.

²⁷ *Al-Skeini*, par. 43–46.

²⁸ *Al-Skeini*, par. 47–54.

²⁹ *Al-Skeini*, par. 55–62.

³⁰ Z tego względu ta skarga obejmowała także zarzut naruszenia art. 3 EKPC odnośnie zakazu tortur oraz poniżającego i niehumanitarnego karania i traktowania – *Al-Skeini*, par. 63–71.

skarżącym przeprowadzenia niezależnego śledztwa, co stało się przedmiotem postępowania sądowego na podstawie *Human Rights Act*³¹. Sądy brytyjskie uznały jednak, że nie wystąpił tu element jurysdykcji państwa.

Te sprawy mogą stanowić przyczynek do szerszych rozważań nad przestrzeganiem praw człowieka w działalności oddziałów wielonarodowych, zwłaszcza że okoliczności skarg nie miały charakteru incydentalnego. Skarżący Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda był jednym z wielu tysięcy internowanych bez słusznego procesu i przetrzymywanych przez wielonarodowe siły zbrojne³². Z kolei sprawa *Al-Skeini* stanowi egemplifikację innego zjawiska – mianowicie brak efektywności śledztw związanych ze ściganiem i osądzeniem sprawców zabójstw popełnionych bez związku z działaniami wojennymi; stanowi jeden z istotniejszych problemów współczesnych konfliktów zbrojnych³³.

Wydaje się uprawnione stwierdzenie, że problem nadużyć i naruszeń prawa w związku z realizacją wielonarodowych przedsięwzięć narasta³⁴. Świadczą o tym między innymi podjęte w ONZ prace nad projektem konwencji dotyczącej odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy Narodów Zjednoczonych i ekspertów w trakcie misji³⁵. Ów projekt ma licznych przeciwników, zwłaszcza jeśli chodzi o jego ewentualne zastosowanie w stosunku do personelu sił zbrojnych. Znalazło to swój wyraz w art. 2 projektu, gdzie wyłączono spod działania konwencji „*military personnel of national contingents assigned to the military component of a United Nations peacekeeping operations*”³⁶.

Na dzień dzisiejszy ugruntowany jest pogląd, że prawo międzynarodowe praw człowieka ma zastosowanie w sytuacji konfliktu

³¹ *Human Rights Act* 1998, tekst dostępny na stronie: www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents (dostęp: 01.06.2013).

³² *Report of the Secretary – General Pursuant to the Paragraph 30 of the Resolution 1546* (2004), 7.06.2005 r., S/2005/373, par. 72.

³³ Por. *Report on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions*, 8.03.2006 r., E/CN.4/2006/53.

³⁴ Por. *Criminal Accountability of United Nations Officials and Experts on Mission*, Resolution adopted by General Assembly, A/Res/65/20.

³⁵ *Ensuring the Accountability of United Nations Staff and Experts on Mission with Respect to Criminal Acts Committed in Peacekeeping Operations*, A/60/980, A/63/100. Obecnie prace te trwają w ramach *Ad hoc* Committee on Criminal Accountability of UN Officials and Experts on Missions.

³⁶ Tamże.

zbrojnego³⁷. Znajduje on potwierdzenie w orzecznictwie MTS³⁸. W opinii doradczej w sprawie prawnych konsekwencji budowy muru dzielącego okupowane terytoria palestyńskie MTS stwierdził, że ochrona praw człowieka wynikająca z międzynarodowych konwencji nie powinna być zawieszona w sytuacji konfliktu zbrojnego. Należy w tym przypadku odnieść się do art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³⁹ (MPPOiP), wyliczającego w sposób zamknięty prawa, które nie podlegają zawieszeniu nawet w tej sytuacji⁴⁰. Te elementy orzecznictwa MTS mają szczególne znaczenie, jeśli zważywszy, że nie wszystkie państwa ratyfikowały MPPOiP, a *case law* ETPC ma wartość przede wszystkim dla państw europejskich.

W perspektywie zaangażowania oddziałów wielonarodowych szczególne znaczenie ma problem relacji, a także współzastosowania norm prawa międzynarodowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarne. Wzajemne wzmocnienie oraz interakcja pomiędzy tymi systemami są widoczne⁴¹, między innymi w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych, które czerpały obficie ze standardów prawa międzynarodowego praw człowieka. Dotyczyło to stworzenia reguł uczciwego procesu przed tymi sądami⁴², ale także rekonstrukcji definicji poszczególnych przestępstw. Wymienić tu trzeba zbrodnię niewolnictwa, tortur, gwałtu, choć jak zauważa T. Meron, trybunały nie kopiowały automatycznie standardów praw człowieka, ale w rozważny sposób analizowały możliwość zastosowania tych

³⁷ Zob. m.in. N. Lubell, *Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict*, „IRoRC” 2005, vol. 87, Nr 860; J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, C. Alverman, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge 2007, vol. I, s. 302–304.

³⁸ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 8.07.1996 r., I. C. J. Reports 1996, s. 226.

³⁹ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, 16.12.1966 r., Dz.U. 1977 r. Nr 38 poz. 167.

⁴⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I. C. J. Reports 2004, s. 136, par. 106.

⁴¹ Szczegółowo analizuje ten problem T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w międzynarodowych konfliktach zbrojnych* [w:] T. Jasudowicz [red.], *Międzynarodowe prawo humanitarne we współczesnym świecie. Osiągnięcia i wyzwania*, Toruń 2007, s. 97–137.

⁴² Por. *Janković*, Case No. IT-96-23/2-PT, Decision on Referral of Case under Rule 11bis, 22.06.2005 r., przypis 99.

norm z modyfikacjami czynionymi na potrzeby prawa humanitarnego i z uwzględnieniem jego specyfiki⁴³.

Dzieje się również odwrotnie, to znaczy prawo międzynarodowe praw człowieka jest stosowane z uwzględnieniem prawa humanitarnego, choć ETPC jest bardzo ostrożny w bezpośrednim stosowaniu norm MPH. Z jednej strony na przykład w sprawach *Al-Jedda* i *Al-Skeini* znajdujemy cały szereg postanowień Regulaminu haskiego, konwencji genewskich wraz z protokołami w materiałach i źródłach relevantnych dla rozumowania Trybunału⁴⁴. Z drugiej strony w bezpośredniej analizie Trybunał przede wszystkim odwołał się do regulacji Regulaminu haskiego dotyczących okupacji wojennej, stwierdzając, że w myśl art. 42 Regulaminu haskiego Zjednoczone Królestwo od 1 maja 2003 r. do czasu przekazania władzy rządowi tymczasowemu 28 czerwca 2004 r. było władzą okupacyjną i w związku z tym powinno było zgodnie z art. 43 tego Regulaminu zapewnić spokój i bezpieczeństwo na tym terytorium⁴⁵. W zakresie odpowiedzialności państwa okupującego Trybunał Strasburski powołał się na wyrok MTS w sprawie *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo – DRC v. Uganda)*⁴⁶. W tym orzeczeniu MTS ustalił, że Uganda jako władza okupacyjna miała „*duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party*”⁴⁷. W konsekwencji Uganda ponosiła odpowiedzialność za wszelkie działania i zaniechania swoich sił zbrojnych na terytorium

⁴³ Por. T. Meron, *Prawa człowieka wkraczają na nowe terytoria: dochodzenie odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka przed Międzynarodowymi Trybunałami Karnymi*, s. 11; tekst na stronie: www.hfhrpol.waw.pl/Nowicki/images/stories/file/Theodor_Meron.pdf (dostęp: 1.10.2012). Te elementy orzecznictwa są obszernie prezentowane w zbiorze materiałów *Wojna i pokój. Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, opr. T. Jasudowicz, M. Szuniewicz, M. Balcerzak, Toruń 2008, s. 377–433.

⁴⁴ Por. *Al-Jedda*, par. 42. W przypadku sprawy *Al-Skeini* dla poparcia swoich wywodów odnośnie zaniedbań w zakresie rzetelnego śledztwa i naruszenia prawa do życia Trybunał wskazał w źródłach prawa art. 49 i 50 KG I, art. 50 i 51 KG II, art. 121 i 313 KG III, art. 146 i 147 KG IV.

⁴⁵ Por. *Al-Skeini*, par. 143.

⁴⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo – DRC v. Uganda)*, 19.12.2005 r., *Judgment*, I. C. J. Reports 2005, par. 168.

⁴⁷ Por. *Armed Activities*, par. 178.

Demokratycznej Republiki Konga, naruszające zobowiązania wynikające z reguł międzynarodowego prawa praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, które są odpowiednie i zastosowalne w konkretnej sytuacji⁴⁸.

Wydaje się istotne, że sprawa *Al-Jedda* jest przykładem używania norm międzynarodowego prawa humanitarnego dla usprawiedliwienia braku dotrzymania standardów praw człowieka. Rząd stwierdził, że internowanie skarżącego stanowiło wypełnianie obowiązków władzy okupacyjnej i wynikających z prawa humanitarnego *specific authorities, responsibilities and obligations*, wśród których znajdował się „*obligation to use internment where necessary to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence*”⁴⁹. Ten pogląd został podzielony w opinii częściowo odrębnej przez sędziego M. Poalelungiego⁵⁰. Sędzia stwierdził, że internowanie jest instytucją głęboko osadzoną w prawie humanitarnym i wielonarodowe siły zbrojne mogły je zastosować. Wydaje się jednak, że w swej opinii nie wziął pod uwagę racji, które kierowały Trybunałem, a powinny być uwzględnione. ETPC uznał, że ani z art. 41, ani z art. 78 IV Konwencji genewskiej nie wynika, że internowanie jest obowiązkiem władzy okupacyjnej, lecz że jest to raczej środek najbardziej surowy. Ponadto słusznie podniósł, że na gruncie MPH wątpliwe jest zobowiązanie władzy okupacyjnej do stosowania nieograniczonego w czasie internowania bez wyroku sądowego⁵¹.

Od strony pewnych fundamentalnych założeń oczywiste jest, że realizacja akcji *peacekeeping*, *peacemaking*, czy też *peace enforcement* z ramienia ONZ powinna być zgodna z normami prawa międzynarodowego praw człowieka. Jednak sama zgoda w tej kwestii nie przesądza o braku trudności w związku z tym występujących⁵². Trzeba dość jasno powiedzieć, że ochrona praw jednostki w ramach misji pokojowych nie jest zadaniem łatwym. Są to sytuacje i obszary zdestabilizowane, gdzie doszło do całkowitej lub częściowej destrukcji struktur lokalnej władzy. Czy w związku z tym państwo będące stroną EKPC wysyłając

⁴⁸ Por. *Armed Activities*, par. 180.

⁴⁹ Por. *Al-Jedda*, par. 87.

⁵⁰ Por. Judge Poalelungi, Partly dissenting opinion, akapit 5.

⁵¹ Por. *Al-Jedda*, par. 107.

⁵² Por. S. Wheatly, *The Security Council, Democratic Legitimacy and Regime Change in Iraq*, „European Journal of International Law” 2006, vol. 17, s. 531, 542.

swoje oddziały na określony obszar, ma kompetencję do zastosowania derogacji na tym terytorium, skoro zakładamy, że Konwencja może mieć działanie ekstraterytorialne tylko na zasadzie wyjątku? W sprawie *Al-Jedda* skarżący podniósł argument, że rząd mógł skorzystać z klauzuli derogacyjnej⁵³. ETPC pośrednio przyznał rację skarżącemu poprzez stwierdzenie, iż pozbawienie wolności nie jest zgodne z art. 5 Konwencji, jeśli nie mieści się w przewidzianych w nim wyjątkach, chyba że opiera się na środkach wprowadzonych na mocy klauzuli derogacyjnej w art. 15 EKPC⁵⁴. To postanowienie Konwencji zostało także przywołane w kontekście sprawy *Al-Skeini*. Trybunał wskazywał, że derogacja gwarancji prawa do życia przewidzianych art. 2 Konwencji nie jest dopuszczalna „*except in respect of deaths resulting from lawful acts of war*”⁵⁵.

Państwo polskie występując w sprawach *Behrami* i *Saramati* jako interwenient podnosiło, że podjęcie przez Trybunał rozstrzygnięcia przypisującego odpowiedzialność któremuś z państw miałooby efekt dewastujący dla chęci uczestnictwa w misjach międzynarodowych⁵⁶. W sprawie *Al-Jedda* rząd Zjednoczonego Królestwa stwierdził przed Trybunałem, iż uznanie, że oddziałom tego państwa oddanym do dyspozycji wielonarodowym siłom zbrojnym można przypisać odpowiedzialność, wprowadzi realną niepewność co do sposobu działania Konwencji i zrodzi ewentualne ryzyko zniechęcenia stron Konwencji do uczestnictwa w misjach i wysyłania oddziałów w misje podporządkowane autoryzacji Rady Bezpieczeństwa⁵⁷. Wydaje się, że państwa, wbrew temu, co artykułują *expressis verbis*, widzą problem nie tyle w gwarantowaniu praw człowieka, co w ponoszeniu odpowiedzialności tam, gdzie ich zdaniem powinna ona spoczywać na ONZ. Obawa o wyciąganie konsekwencji z postępowania niebędącego wynikiem ich jednostkowej i suwerennej decyzji jest o tyle uzasadniona, że oddziały wielonarodowe operują w oparciu o rezolucje Rady Bezpieczeństwa, których treść nie jest zależna wyłącznie od danego państwa. Z drugiej

⁵³ Por. *Al-Jedda*, par. 95.

⁵⁴ Por. *Al-Jedda*, par. 99.

⁵⁵ Por. *Al-Skeini*, par. 162.

⁵⁶ Por. *Behrami*; *Saramati*, par. 111. Szerzej o polskich misjach: B. Janusz-Pawletta, *Użycie sił zbrojnych RP w operacjach pokojowych w świetle prawa międzynarodowego*, „Międzynarodowe Prawo Humanitarne” 2010, tom 1, s. 151–170.

⁵⁷ Por. *Al-Jedda*, par. 68.

jednak strony sam udział w misjach opiera się na takiej właśnie odrębnej, suwerennej decyzji każdego z członków Narodów Zjednoczonych. W tym sensie nie podzielam argumentów państw.

Warto jednak przyrzeć się problemowi związania prawami człowieka samych organów ONZ, zwłaszcza Rady Bezpieczeństwa, wychodząc poza same fundamenty, jakimi są cele i zasady Karty Narodów Zjednoczonych⁵⁸. W celu realizacji misji pokojowych organizacje międzynarodowe tworzą organy, takie jak UMMIK, UNAMI lub KFOR, które operują na określonym terytorium, jednak zakres ich związania prawami człowieka nie jest precyzyjnie ustalony. Na przykład J. Ceron wskazuje, że w myśl par. 11 lit. k Rezolucji 1244 obowiązek ochrony i promocji praw człowieka został powiązany z cywilną obecnością międzynarodową UNMIK w Kosowie⁵⁹, ale już nie wystąpił w stosunku do KFOR reprezentującego militarną obecność międzynarodową. Mimo to autor przyjął założenie, że KFOR miał obowiązek respektowania praw człowieka z dwóch powodów. Po pierwsze, jako podmiot działający pod auspicjami ONZ jest związany celami Karty Narodów Zjednoczonych⁶⁰. Po drugie, rola KFOR została zdefiniowana między innymi jako „*supporting, as appropriate, the work of the international civil presence*”⁶¹, wśród których wymieniona jest ochrona praw człowieka⁶². Ponadto o ile wymienione podmioty niejednokrotnie deklarują chęć respektowania praw człowieka, o tyle bywają oszczędne w precyzowaniu zakresu tych praw w procesie podejmowania decyzji⁶³.

Wielonarodowe siły zbrojne prowadzą swoje działania nie tylko w sytuacji trwającego konfliktu zbrojnego, ale także w okresie postkonfliktowym. Na przykład w Iraku od 1 maja 2003 r. brytyjskie siły

⁵⁸ Karta Narodów Zjednoczonych, 26.06.1945 r., Dz.U. 1947 r. Nr 23 poz. 90.

⁵⁹ W rozporządzeniu UNMIK Regulation 1999/24 nie tylko stwierdzono, że międzynarodowe prawo praw człowieka wiąże ten podmiot, ale też załączono szczegółową listę dokumentów międzynarodowych.

⁶⁰ Wynika to z art. 1 ust. 3 oraz z art. 55 c Karty Narodów Zjednoczonych.

⁶¹ RESOLUTION 1244 (1999), Adopted by the Security Council at its 4011th meeting, on 10 June 1999 Supporting, as appropriate, and coordinating closely with the work of the international civil presence.

⁶² Por. J. Ceron, *Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo*, „European Journal of International Law” 2001, vol. 12, no. 3, s. 471.

⁶³ Szczegółowe rozważania na temat odpowiedzialności administracji międzynarodowej z tytułu praw człowieka zob. A. Momirov, *Accountability of International Territorial Administrations. A Public Law Approach*, Eleven International Publishing, 2011, s. 117–170.

w Al-Basrah przejęły odpowiedzialność za utrzymanie bezpieczeństwa i wspieranie struktur administracji cywilnej. Wśród powierzonych zadań znalazły się patrole, aresztowania, operacje antyterrorystyczne, ochrona najważniejszych urządzeń użyteczności publicznej i posterunków policji⁶⁴. Jest to zaangażowanie w czynności, które normalnie wykonuje cywilna władza państwowa lub policja, a nie wojsko. Dotyczy to zwłaszcza pozbawiania wolności⁶⁵. Normy prawne dotyczące kompetencji w zakresie pozbawiania wolności mają umocowanie w samym mandacie operacji. Zazwyczaj są to rezolucje Rady Bezpieczeństwa zawierające otwartą formułę podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu wypełnienia określonych zadań. Jeśli rezolucja całkowicie milczy na temat detencji, można poszukiwać zasadności jej zastosowania w ograniczonym prawie do samoobrony⁶⁶. W konsekwencji jednak powstają problemy związane z odpowiedzią na pytanie, czy kompetencje te obejmują przestępstwa pospolite, czy także zarzuty oparte na względach bezpieczeństwa. Stan faktyczny w sprawie *Al-Jedda* stanowi egzemplifikację tego problemu. Padają w związku z tym propozycje, aby sama Rada Bezpieczeństwa określiła obowiązujące standardy, co spotyka się z kontrargumentem, że jest to podejście nierealistyczne. Jak stwierdził sędzia M. Poalelungi w opinii częściowo odrębnej do wyroku w tej sprawie, „*is unrealistic to expect the Security Council to spell out in advance, in detail, every measure which a military force might be required to use to contribute to peace and security under its mandate*”⁶⁷.

Nawet jeśli przyjmiemy, że rzeczywiście nie można tego od Rady oczekiwać, to istnieje jednak potrzeba ustalenia zasad, jakie powinny mieć zastosowanie. Słuszne wydaje się założenie, że zatrzymanie przez siły pokojowe powinno być ograniczone do dwóch grup przypadków: detencji ze względów bezpieczeństwa (*imperative reasons of security*) oraz detencji osób o charakterze kryminalnym, jednak tylko

⁶⁴ Por. *Al-Skeini*, par. 21.

⁶⁵ Misja w Iraku jest tego najlepszym przykładem. Zob. uwagi w Raporcie Aitkena cytowanym w par. 22 *Al-Skeini*.

⁶⁶ M.in. rząd brytyjski powoływał się na ten argument, a także na art. 27 i 78 IV Konwencji genewskiej. Szersze studium na temat relacji pomiędzy prawem do samoobrony i standardem konieczności a derogacją praw człowieka zob. D. A. Desierto, *Necessity and National Emergency Clauses. Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, Martinus Nijhof Publishers, 2012, s. 237–281.

⁶⁷ Por. opinia częściowo odrębna w sprawie *Al-Jedda*, akapit 5.

w sytuacjach związanych z najpoważniejszymi przestępstwami, ściągany międzynarodowo⁶⁸. Ma to uzasadnienie w postrzeganiu ONZ jako podmiotu bezstronnego, mającego charakter pomocniczy i subsydiarny, jeśli władze krajowe nie są w stanie lub nie chcą powstrzymać poważnych naruszeń prawa⁶⁹.

Rada Bezpieczeństwa zobowiązując państwa do określonego postępowania, na przykład internowania, wprowadzenia zakazu wjazdu, niejednokrotnie ingeruje w prawa człowieka, w tym dokonuje ich ograniczeń. Czyni to zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, upoważniając państwa do przyjmowania określonych środków krajowych. Bardzo duże znaczenie ma wobec tego kwestia, czy Rada Bezpieczeństwa może łamać fundamentalne prawa i zmuszać do tego państwa⁷⁰. Choć ETPC, jak opiszę to dalej, zastosował domniemanie, że Rada Bezpieczeństwa nie nakłada zobowiązań sprzecznych z celami i zasadami Karty Narodów Zjednoczonych, wśród których znajduje się ochrona praw człowieka, to jednak praktyka okazuje się bardziej złożona.

W doktrynie prezentowany jest pogląd⁷¹, że Rada Bezpieczeństwa jest związana Powszechną Deklaracją Praw Człowieka⁷² (PDPC), a także treścią Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych, Gospodarczych i Kulturalnych (MPPGSiK)⁷³. Wydaje się wszakże, że

⁶⁸ Por. R. Arnold, *Law Enforcement within the Framework of Peace Support Operations*, Martinus Nijhof Publishers, 2008, s. 202. Na przykład mandat misji w Kongo miał się opierać na współpracy z władzami w celu doprowadzenia przed sąd winnych poważnych naruszeń praw człowieka. Por. Res. 1565, par. 5 g, 21.10.2004 r.

⁶⁹ Por. np. Res. 2098, upoważniająca militarny komponent MONUSCO do redukcji zagrożeń ze strony ruchów antyrządowych i sił zbrojnych zewnętrznych oraz przemocy wobec ludności cywilnej i dzieci do poziomu, na którym podmioty krajowego wymiaru sprawiedliwości są w stanie poradzić sobie z problemem, par. 11.

⁷⁰ K. Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era: Applying The Principle of Legality*, Martinus Nijhof Publishers, 2006, s. 6.

⁷¹ Por. I. Cameron, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Counter – Terrorism Sanctions*, Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI), Doc. CAHDI (2006) 22, dostępne na stronie: www.coe.int/cahdi/ (dostęp: 01.06.2013).

⁷² Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, 10.12.1948 r., przyjęta i proklamowana Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych 217 A (III), tekst w: B. Gronowska, C. Mik, T. Jasudowicz, *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Toruń 1999, s. 11–20.

⁷³ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, 16.12.1966 r., Dz.U. 1977 r. Nr 38 poz. 169.

wymaga to doprecyzowania. Nie ma wątpliwości, że niektóre z praw jednostki mają charakter *ius cogens* i już z tego powodu są dla Rady wiążące. Wymienić tu trzeba zakaz niewolnictwa i handlu niewolnikami, zakaz dyskryminacji rasowej i apartheidu, zakaz ludobójstwa czy zakaz tortur⁷⁴.

Założenie, że Pakty Praw Człowieka przynajmniej w części wiążą Radę Bezpieczeństwa, nie zmienia faktu, iż mamy do czynienia z wielostronnymi umowami międzynarodowymi, gdzie przede wszystkim podmiotem zobowiązanym do ochrony i respektowania praw jednostki jest państwo i to w odniesieniu do relacji państwo – jednostka owe normy są ustanawiane (art. 2 MPPOiP, art. 2 MPPGSiK)⁷⁵. Następnie jeśli uznamy, że jest to jakaś część odnosząca się na przykład do praw niederogowalnych i *ius cogens*, to warto zapytać *a contrario* o zasady zastosowania mechanizmu derogacji wobec określonych praw w działalności organizacji międzynarodowych i ich jednostek w trakcie misji. Chociaż trudno przyjąć, że odpowiednie klauzule derogacyjne z poszczególnych traktatów praw człowieka mogą być zastosowane wprost w działalności organizacji międzynarodowych, to jednak zgodzę się w pełni z A. Momirovem, że wszelkie akty wiążące się z zawieszeniem określonych praw człowieka powinny mieć charakter wyjątkowy i czasowy. Nie powinny natomiast stać się systemowym sposobem rozwiązywania problemów, co niestety niejednokrotnie ma miejsce⁷⁶.

2. Jurysdykcja państwa

Problem przypisania odpowiedzialności

Podstawowym warunkiem ewentualnej odpowiedzialności państwa zgodnie z europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jest wykonywanie przez nie jurysdykcji⁷⁷. Ten

⁷⁴ Por. K. Manusama, dz. cyt., s. 28.

⁷⁵ General Comment of the Human Rights Committee, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26.05.2004 r., CCPR/C/21/Rev.1, Add.13.

⁷⁶ Por. A. Momirov, dz. cyt., s. 170.

⁷⁷ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], Application no. 48787/99, ECHR 2004-VII, par. 311.

element w omawianych wyrokach ETPC został połączony z dwoma elementami: przypisania działań (*attribution of conduct*)⁷⁸ oraz eksterytorialnością zastosowania traktatów praw człowieka.

Zgodnie z art. 2 (w związku z art. 1) projektu Komisji Międzynarodowej odpowiedzialność państwa *state's responsibility* za akty niezgodne z prawem międzynarodowym powstaje wtedy, gdy określone postępowanie polegające na działaniu lub zaniechaniu 1) można przypisać państwu zgodnie z prawem międzynarodowym; 2) stanowi naruszenie zobowiązań międzynarodowych państwa⁷⁹.

W sprawie *Al-Jedda* rząd podtrzymał przed ETPC stanowisko z postępowania krajowego, że Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 1511 przesunęła ciężar odpowiedzialności z państw na ONZ⁸⁰. Odwołano się w tym zakresie do konstrukcji przyjętej przez ETPC w sprawach *Behrami* i *Saramati*, gdzie można zidentyfikować pięć elementów przemawiających za faktem utrzymywania przez ONZ *ultimate power and control* nad siłami koalicyjnymi, takimi jak KFOR⁸¹. Przenosząc to rozwiązanie na grunt Iraku, rząd argumentował, że po pierwsze, było to działanie w ramach rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, zezwalającego Radzie Bezpieczeństwa na przekazanie jej kompetencji w zakresie ustanowienia międzynarodowego bezpieczeństwa na państwa tworzące koalicję. Po drugie, wskazana władza była władzą delegowaną. Po trzecie, delegacja ta nie miała charakteru domniemanego ani też niejawnego, ale miała charakter poprzedzający i opierała się na wyraźnych podstawach zawartych w Rezolucjach 1511 i 1546. Po czwarte, Rezolucja 1546 określa czynności podejmowane przez wielonarodowe siły zbrojne. Po piąte, wielonarodowe siły zbrojne były zobowiązane za pośrednictwem USA zdawać kwartalne raporty Radzie Bezpieczeństwa i podlegały jej nadzorowi⁸².

W związku z tym Trybunał zauważył, że rząd w postępowaniu krajowym dopiero przez Izbą Lordów zaczął kwestionować fakt

⁷⁸ Analiza tego problemu, zwłaszcza w kontekście orzecznictwa MTS: J. Kranz, *Standardy przypisania w kontekście międzynarodowej odpowiedzialności za użycie siły zbrojnej*, „Kwartalnik prawa publicznego” 2009, nr 3–4, s. 7–70.

⁷⁹ Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session 2001 and submitted to General Assembly as a part of Commission report covering the work of that session, A/56/10.

⁸⁰ Por. *Al-Jedda*, par. 72. S/Res./1511/2003.

⁸¹ Por. *Behrami*; *Saramati*, par. 134.

⁸² Por. *Al-Jedda*, par. 134.

wykonywania przez siebie jurysdykcji, a ponadto większość członków Izby odrzuciła ostatecznie tę argumentację⁸³. Izba Lordów uznała, że sytuacja skarżącego mieści się w zakresie jurysdykcji Zjednoczonego Królestwa i wynikających z art. 1 EKPC obowiązków. Jednakże w ocenie tego ciała internowanie skarżącego stanowiło wykonanie zobowiązań wynikających z rezolucji Rady Bezpieczeństwa podjętych w związku z art. 24 par. 2 Karty Narodów Zjednoczonych, które na mocy jej art. 103 powinny mieć pierwszeństwo stosowania nawet przed traktatami dotyczącymi praw człowieka, w tym art. 5 EKPC⁸⁴.

Teraz jednak powstaje ważne pytanie, na ile, i czy w ogóle, rzeczywiście można rozważać problem przekazania części kompetencji w rezolucji ONZ⁸⁵. Trybunał stwierdził, że jego rolą nie jest ocena innych norm prawa międzynarodowego, ale konwencja europejska nie funkcjonuje w próżni, i wymaga, aby w tym przypadku przeanalizować te inne normy. Zwrócił uwagę, że sama inwazja przeprowadzona na Irak nie miała autoryzacji ONZ. W ocenie ETPC z chwilą deklaracji o zakończeniu działań wojennych Wielka Brytania i USA stały się władzą okupacyjną podlegającą reżimowi art. 42 Regulaminu haskiego, ustanawiając Tymczasową Koalicyjną Władzę (*Coalition Provisional Authority*). Pierwszą rezolucją po tym terminie, która została w ogóle wydana, była Rezolucja 1483. We wstępie do niej Rada Bezpieczeństwa stwierdziła, że Wielka Brytania i Stany Zjednoczone tworzą specyficzną władzę, odpowiedzialność i obowiązki wynikające z mającego tu zastosowanie prawa międzynarodowego władzy okupacyjnej, zwanej władzą (*Authority*) pod jednolitym dowództwem⁸⁶.

Analiza języka tej Rezolucji, jak i kolejnej Rezolucji 1511 nie pozwala przyjąć, że miało miejsce odebranie kompetencji państwu wysyłającym. ETPC zważył, że w tym zakresie nie doszło również do zmian struktur dowodzenia w siłach koalicyjnych, a ponadto te państwa wykonywały wszystkie elementy dotychczasowej władzy, pomimo

⁸³ Por. *Al-Jedda*, par. 16–18.

⁸⁴ Por. *Al-Jedda*, par. 20.

⁸⁵ Szczegółowe rozważania na temat problemu autoryzacji i przekazywania kompetencji przez RB zob. A. de Hoogh, *Attribution or Delegation of (Legislative) Power by the Security Council? The Case of the United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET)*, „International Peacekeeping. The Yearbook of International Peace Operations”, vol. 7, s. 13–30.

⁸⁶ S/Res./1483/(2003).

rzeczywiście wypełniania wskazanego obowiązku⁸⁷. Również w ostatniej Rezolucji 1546 w nie ma wskazania na chęć zwiększenia przez Radę Bezpieczeństwa stopnia kontroli i dowodzenia nad wielonarodowymi siłami koalicji. Dodatkową okolicznością potwierdzającą te ustalenia było ustanowienie w sierpniu 2003 r. na mocy Rezolucji 1546 *United Nations Assistance Mission in Iraq* (UNAMI), czyli misji ONZ w Iraku. Ta instytucja regularnie podnosiła problem przedłużającego się okresu internowania osób przetrzymywanych przez władze koalicji. ETPC podzielił w związku z powyższym pogląd Izby Lordów, że nie może być mowy o wykonywaniu jurysdykcji nad internowanym przez organy ONZ w przypadku spraw związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa w Iraku⁸⁸.

ETPC stwierdził, że porównanie sytuacji Kosowa i Iraku ma niezwykle istotne znaczenie, ponieważ w sprawach *Behrami* i *Saramati* w przypadku pana Saramati Trybunał doszedł do konkluzji, iż jego uwięzienia nie można przypisać żadnemu państwu, więc odpowiedzialność z tego tytułu spoczywa na ONZ. Jednakże, jak podkreślił Trybunał, w tamtym przypadku Rada Bezpieczeństwa zdecydowana, aby rozwiązać ciężką sytuację humanitarną, zdecydowała się wprowadzić w Kosowie obecność cywilną i wojskową pod auspicjami Narodów Zjednoczonych. Podstawą prawną była tu Rezolucja 1244 upoważniająca państwa członkowskie i inne organizacje międzynarodowe do ustanowienia międzynarodowej obecności i wskazała na konieczność udziału NATO w tym przedsięwzięciu. Jednocześnie Rezolucja ta upoważniała Sekretarza Generalnego ONZ do wprowadzenia cywilnej obecności w celu zagwarantowania administracji cywilnej w Kosowie. Kontrola ONZ w tym zakresie była zapewniona poprzez funkcjonującego przy Sekretarzu Generalnym ONZ Specjalnego Sprawozdawcę po konsultacji z Radą Bezpieczeństwa.

Trybunał analizując dalej wątek przypisania odpowiedzialności, stwierdził, że również Rezolucja 1511 podkreślała tymczasowy charakter władzy sprawowanej przez CAP, mającej trwać dopóki nie zostanie zaprzysiężony rząd Iraku. Jednocześnie zwracał on uwagę na par. 13 i 14 Rezolucji, w których Rada Bezpieczeństwa upoważniała wielonarodowe siły zbrojne do podjęcia wszelkich niezbędnych

⁸⁷ Por. *Al-Jedda*, par. 80.

⁸⁸ Por. *Al-Jedda*, par. 83.

środków do wsparcia i podtrzymania bezpieczeństwa i stabilności w Iraku. Trybunał uznał jednak, że ta Rezolucja nie zmieniała właściwie niczego ani w statusie prawnym, ani w sposobie funkcjonowania wielonarodowych sił autoryzowanych na mocy Rezolucji 1483.

Następnie ETPC powołał się na art. 5 projektu Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczącego odpowiedzialności organizacji międzynarodowych⁸⁹, że postępowanie organów państwa oddanych do dyspozycji organom międzynarodowym może skutkować odpowiedzialnością wtedy, jeśli organizacja ta wykonuje efektywną kontrolę. Należy dodać, że zgodnie z literalnym brzmieniem przywoływanego przepisu ma to być kontrola nad postępowaniem (*if the organization exercises effective control over that conduct*)⁹⁰.

Wydaje się istotne, że w komentarzach do prac Komisji Prawa Międzynarodowego Sekretarz Generalny Narodów Zjednoczonych stanął na stanowisku, iż odpowiedzialność ONZ w przypadku wielonarodowych sił zbrojnych występuje wtedy, gdy mamy do czynienia z wyłącznym dowództwem (*exclusive command*) i kontrolą ONZ nad tymi siłami⁹¹. Kryterium to zaś powinno być ustalane na podstawie określonych okoliczności faktycznych. Na przykład w kontekście misji UNOSOM II ustalono, że głównodowodzący (*Force Commander*) z ramienia ONZ nie miał wyłącznej kontroli nad kontyngentami z poszczególnych państw, czego przykładem było wykonywanie jego rozkazów dopiero po akceptacji własnego dowództwa, a także realizowanie całego szeregu operacji militarnych, które choć były wykonywane pod flagą ONZ, to pozostawały całkowicie poza jego kontrolą⁹². Ponadto zdarza się, że Rada Bezpieczeństwa traci faktyczną kontrolę nad sposobem realizacji swoich rezolucji, zwłaszcza gdy ich wykonanie powierza się siłom zbrojnym poszczególnych państw i pod ich komendą lub też w przypadku podwójnego dowództwa NATO/UE. Wynika stąd, że badanie

⁸⁹ W ostatniej wersji przyjętej przez Komisję Prawa Międzynarodowego jest to art. 7. Por. *Draft articles on Responsibility of International Organizations*, adopted by International Commission at its sixty third session, 2011, A/66/10, par. 87, „Yearbook of International Law Commission” 2011, vol. II, Part Two.

⁹⁰ Krytyczne uwagi odnośnie całego projektu Komisji zob. K. E. Boon, *New Directions in Responsibility: Assessing the International Law Commission's Draft Articles on Responsibility of International Organizations*, „The Yale Journal of International Law Online” 2011, vol. 37.

⁹¹ Por. A/51/389, par. 17–18, s. 6.

⁹² A.59/10/, par. 7.

problemu przypisania musi być dokonywane *ad casum* i jest ściśle uwarunkowane sytuacyjnie. ETPC w swej analizie przyjął takie właśnie podejście⁹³. Dodać należy, że organy UNMIK w raporcie z 2008 r. zdystansowały się wobec *ultimate power and control* ze spraw *Behrami* i *Saramati* stwierdzając: „*it is understood that the international responsibility of the United Nations will be limited in the extent of its effective operational control*”⁹⁴.

Internowanie miało miejsce w placówce podporządkowanej Brytyjczykom, skarżący znajdował się pod władzą i kontrolą tego państwa⁹⁵. Sama decyzja o zatrzymaniu została podjęta przez oficera brytyjskiego, zaś fakt dokonywania późniejszej weryfikacji przez ciało, w których nie zasiadali jedynie oficerowie armii Zjednoczonego Królestwa, nie przeszkadza w ocenie, że co do zasady działania były możliwe do przypisania rządowi Zjednoczonego Królestwa. Trybunał wziął pod uwagę, że w pierwszym akcie prawnym władzy okupacyjnej wskazano jej tymczasowy charakter i to, iż będzie ona wykonywana w celu zapewnienia efektywnej administracji w okresie przejściowym oraz w celu przywrócenia bezpieczeństwa i stabilności⁹⁶.

Trybunał stwierdził, że w związku z tym nie było nad skarżącym ani *effective control*, ani też *ultimate power and control* po stronie ONZ. Należy podkreślić, że Trybunał przyjął tu kompromisowe rozwiązanie. Mianowicie nie zrezygnował z użycia dość powszechnie krytykowanej konstrukcji *ultimate power and control*, zastosowanej wcześniej w sprawach *Behrami* i *Saramati*⁹⁷, ale wymienił ją obok efektywności kontroli, która odpowiada koncepcji przyjętej przez Komisję Prawa Międzynarodowego⁹⁸.

⁹³ Por. *Al-Jedda*, par. 76.

⁹⁴ Por. Report of the Secretary General on the United Nations Interim Administration in Kosovo, 12.06.2008 r., S/2008/354, par. 16.

⁹⁵ Por. *Al-Jedda*, par. 85. Tu Trybunał nawiązał do następujących orzeczeń: *Al-Skeini*, par. 136; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom* (dec.), Application no. 61498/08, 2.03.2010 r., par. 88; *Munaf v. Geren* (2008) 128 S. Ct. 2207, the United States Supreme Court, par. 54.

⁹⁶ Por. *Al-Jedda*, par. 28.

⁹⁷ Por. *Behrami*; *Saramati*, par. 134.

⁹⁸ Por. K. Larsen, dz. cyt., s. 520–524.

Ekstraterytorialność zastosowania traktatów praw człowieka

MTS w opinii doradczej w sprawie muru na terytoriach okupowanych stwierdził, że co do zasady jurysdykcja państwa w zakresie międzynarodowych traktatów praw człowieka ma charakter terytorialny, ale w drodze wyjątku może być wykonywana także poza terytorium danego państwa⁹⁹. Trybunał zajął takie stanowisko, odpowiadając twierdząco na pytanie, czy Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych ma zastosowanie na terytoriach okupowanych przez Izrael, wskazując jednocześnie, że jest to zgodne z koncepcją ekstraterytorialności zobowiązań przyjmowaną przez Komitet Praw Człowieka ONZ¹⁰⁰. Należy przy tym zauważyć, że tekst MPPOiP jest sformułowany w ten sposób, iż wskazuje dwa warunki jego zastosowania: terytorium państwa i pozostawanie pod jurysdykcją. W uwagach ogólnych do art. 2 MPPOiP Komitet przyjął jednak, że zasada zastosowania Paktu do wszystkich osób znajdujących się pod jurysdykcją państwa-strony obejmuje tych, którzy pozostają we władzy albo pod efektywną kontrolą sił zbrojnych danego państwa działających poza jego terytorium (niezależnie od sposobu, w jaki ta władza lub efektywna kontrola zostały ustanowione), takich jak siły zbrojne stanowiące narodowe kontyngenty funkcjonujące w ramach międzynarodowych operacji *peacekeeping* i *peace enforcement*¹⁰¹. Wspomnieć wypada, że Komitet wykazywał troskę o zachowania belgijskich żołnierzy w Somalii w ramach misji działającej pod przewodnictwem ONZ w Somalii (UNOSOM II), przyjmując do wiadomości, że państwo-strona uznało za mający zastosowanie MPPOiP i rozpoczęło śledztwa w 270 przypadkach naruszenia praw jednostki¹⁰². Komitet zaakceptował koncepcję ekstraterytorialności również w przypadku

⁹⁹ Por. *Legal Consequences...*, dz. cyt., par. 109.

¹⁰⁰ Human Rights Committee, *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, Communication No. R.12/52, 6.06.1979 r., UN Doc. Supp. No. 40, A/36/40, 1981, s. 176; *Maria del Carmen Almeida de Quinteros v. Uruguay*, Communication No. 107, 17.09.1981 r., UN Doc. Supp. No. 40, 1983, A/38/40, s. 216.

¹⁰¹ *Committee's General Comment No. 31 (2004) on the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, par. 4, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 40, vol. I (A/59/40, vol. I), annex III, par. 10.

¹⁰² Human Rights Committee, Concluding Observation: Belgium, CCPR/C/79/Add.99, 1998, par. 14.

odpowiedzialności Izraela za terytoria okupowane, a także za obszary południowego Libanu oraz zachodniego Bekaa, nad którymi to państwo wykonywało efektywną kontrolę¹⁰³.

W Iraku istotną rolę z punktu widzenia realizacji określonej polityki wielonarodowych sił zbrojnych odgrywały Stany Zjednoczone. Stojąc na stanowisku, że MPPOiP ma wyłącznie terytorialne zastosowanie, odwoływały się one do prac przygotowawczych do Paktu Praw Człowieka oraz przyjmowały restrykcyjną interpretację jego tekstu, sprzeczną z wykładnią MTS¹⁰⁴. Stanowisko władz USA zostało w tej sprawie podtrzymane również w 2008 r.¹⁰⁵ Pogląd o wyłącznie terytorialnym zastosowaniu MPPOiP Stany Zjednoczone prezentowały w dyskusji z UNAMI.

Należy zauważyć, że ETPC nie szafuje zasadą ekstraterytorialności, podkreślając, iż opiera się ona na *exceptional circumstances* i zawsze musi być ustalana na podstawie faktów mających miejsce w konkretnej sprawie¹⁰⁶. Trybunał zaznacza, że nie istnieje w tym zakresie jakieś generalne podejście, a jurysdykcja w rozumieniu art. 1 Konwencji ma co do zasad charakter terytorialny¹⁰⁷. W pierwszym orzeczeniu poświęconym temu problemowi w sprawie *Louizidou* ETPC stwierdził, że odpowiedzialność państwa poza jego terytorium może być brana pod uwagę jako skutek czy konsekwencja akcji militarnych (legalnych czy też nie), jeśli wykonuje ono efektywną kontrolę nad obszarem znajdującym się poza jego terytorium¹⁰⁸.

¹⁰³ Por. Human Rights Committee, Concluding Observation: Israel, CCPR/C/79/Add.93, par. 10.

¹⁰⁴ U.N. Human Rights Comm., *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee, United States of America*, 87th Sess., July 10–28, 2006, 10, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (Dec. 18, 2006) (*stating that the United States holds this view „despite the contrary opinions and established jurisprudence of the Committee and the International Court of Justice”*).

¹⁰⁵ U.N. Human Rights Comm., *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Comments by the Government of the United States of America on the Concluding Observations of the Human Rights Committee*, 2, U.N. Doc. CCPR/C/USA/CO/3/REV.1/ADD.1, Feb. 2, 2008.

¹⁰⁶ Por. *Al-Skeini*, par. 132.

¹⁰⁷ Por. *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, Application No. 48787/99, 8.04.2004 r., par. 312; *Banković and Others v. Belgium and Others* [GC] (dec.), Application No. 52207/99, par. 61 i 67; *Assanidze v. Georgia*, Application No. 71503/01, 8.04.2004 r., par. 139.

¹⁰⁸ Por. *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), Application No. 15318/89, 23.03.1995 r., par. 62, Series A no. 310; *Loizidou v. Turkey* (merits), 18.12.1996 r., par. 52.

W sprawie *Banković*, podkreślając wyjątkowy charakter ekstraterytorialności, ETPC stwierdził, że jest ona ograniczona do *legal space* europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka, co zdaniem Trybunału obejmuje terytorium, które „*for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention*”¹⁰⁹. ETPC stwierdził dalej, że EKPC jest wielostronnym traktatem działającym regionalnie „*and notably in legal space of the Contracting States [...] The Convention was not designed to be applied throughout the World, even in respect of the conduct of Contracting States*”¹¹⁰. To stanowisko było uzasadnieniem wyroków sądów krajowych w sprawie *Al-Skeini*¹¹¹, a władze brytyjskie powoływały się na tę linię orzecznictwa przed ETPC¹¹².

Tym niemniej rząd prawdopodobnie przewidując, że Trybunał może zadecydować o zastosowaniu kryterium efektywności kontroli także poza *espace juridique* Konwencji, przedstawił argumenty na to, że taka kontrola nie miała miejsca. Powołał się tu głównie na fakt zaistnienia ogromnych trudności w zapewnieniu bezpieczeństwa i stabilności w południowo-wschodnim Iraku, twierdząc wręcz, że nie może tu być mowy o jakiegokolwiek efektywności kontroli. Uzasadniając swoje stanowisko, strona rządowa wskazywała na dysproporcję pomiędzy siłami swych oddziałów i oddziałów koalicyjnych a liczbą ludności i obszarem, na jakim należało zapewnić bezpieczeństwo¹¹³. Jednocześnie wysunięto argument, że rzeczywistą władzę sprawowała Tymczasowa Władza Koalicji pod przewodnictwem ambasadora Paula Bremera, nad którym Zjednoczone Królestwo nie miało żadnej władzy. Dodatkowo już w lipcu 2003 r. powstała Rada Rządząca Iraku o charakterze centralnym, a także pewna liczba jej lokalnych odpowiedników¹¹⁴.

Ustosunkowując się do tego stanowiska, ETPC zmienił interpretację Konwencji ze sprawy *Banković*. Uznał, iż Konwencja powinna mieć zastosowanie, mimo że jej naruszenia miały miejsce poza terytorium państwa-strony, a także poza obszarem Europy. Odwołując się do swego wcześniejszego stanowiska, Trybunał stwierdził: „*However, the importance of establishing the occupying State's jurisdiction in such*

¹⁰⁹ *Banković*, par. 80 in fine.

¹¹⁰ Por. *Banković*, par. 80.

¹¹¹ Por. *Al-Skeini*, par. 79.

¹¹² Por. *Al-Skeini*, par. 109–113.

¹¹³ Por. *Al-Skeini*, par. 112.

¹¹⁴ Por. *Al-Skeini*, par. 113.

*cases does not imply, a contrario, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe Member States*¹¹⁵.

Następnie Trybunał odwołał się do innych wyjątków od terytorialnego zastosowania Konwencji, takich jak wyłączna kontrola nad więzieniem czy statkiem¹¹⁶. Nawiązał w tym miejscu do sprawy *Medvedyev and Others*, gdzie uznał, że jurysdykcja nie wynika tylko z elementu kontroli nad statkiem czy pomieszczeniem, w którym jednostka jest przetrzymywana. Decydujące znaczenie ma wykonywanie fizycznej władzy i kontroli nad konkretną osobą¹¹⁷. Zasadniczo ten wyjątek pozwala ustalić, że syn szóste-go skarżącego znajdował się pod jurysdykcją państwa-strony.

W odniesieniu do sytuacji pozostałych skarżących ETPC zastosował test efektywnej kontroli nad terytorium. Stwierdził, że do czasu utworzenia rządu tymczasowego Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej wykonywało elementy władzy, które normalnie są domeną suwerennej władzy państwowej¹¹⁸. Następnie odwołując się do wyjątku opartego na wykonywaniu efektywnej kontroli nad danym obszarem, Trybunał ustalił, że obowiązek zapewnienia konwencyjnych praw i wolności wynika z faktu sprawowania tej kontroli przez siły zbrojne danego państwa, jak też z podporządkowania lokalnej administracji¹¹⁹. Jednocześnie w opinii Trybunału jeśli ten rodzaj kontroli istnieje, nie ma potrzeby uzasadniać, że państwo-strona sprawowało szczegółową kontrolę nad działaniami i polityką podporządkowanej sobie lokalnej władzy. Fakt, że ta władza przetrwała w rezultacie akcji zbrojnej i innych form wsparcia uzyskanych od państwa-strony, rodzi odpowiedzialność za jej działania i zaniechania¹²⁰.

W opinii częściowo zbieżnej sędzieja Ch. Rozakis słusznie stwierdził, że argumentacja Trybunału w tej sprawie jest przykładem bardzo

¹¹⁵ Por. *Al-Skeini*, par. 122.

¹¹⁶ Por. *Al-Skeini*, par. 136; *Issa and Others v. Turkey*, Application no. 31821/96, 16.11.2004 r.; *Al-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom* (dec.), Application no. 61498/08, 30.06.2009 r., par. 86–89.

¹¹⁷ *Medvedyev and Others v. The United Kingdom*, [GC], Application no. 3394/03, par. 67; *Al-Skeini*, par. 136.

¹¹⁸ Por. *Al-Skeini*, par. 149.

¹¹⁹ *Loizidou* (preliminary objections), par. 62; *Cyprus v. Turkey* [GC], Application no. 25781/94, par. 76; *Banković*, par. 70; *Ilaşcu*, par. 314–316; *Loizidou* (merits), par. 52.

¹²⁰ Por. *Al-Skeini*, par. 138.

kazuistycznego podejścia do problemu ekstraterytorialnego zastosowania Konwencji. Zagadnienie to nie zostało jak do tej pory rozwiązane przez Trybunał w sposób systemowy poprzez stworzenie jakiejś spójnej koncepcji. W efekcie sędziowie w Strasburgu stosownie do okoliczności sprawy tworzą *ad hoc* rozwiązania, które choć dobrze uzasadniają rozstrzygnięcie w jednym konkretnym przypadku, to okazują się trudne do użycia w innych. W efekcie najpierw Trybunał twierdzi, że Konwencja ma zastosowanie tylko do *espace juridique*, a w kolejnych orzeczeniach szuka uzasadnienia dla stwierdzeń całkowicie przeciwnych. W przypadku sprawy *Al-Skeini* wydaje się, że istniała szansa przyjęcia rozwiązań bardziej ogólnych, ale w ocenie sędziego nie została ona wykorzystana.

Na tym tle warta uwagi jest proponowana przez tego sędziego koncepcja zastosowania jurysdykcji funkcjonalnej, mającej uzasadnienie w uniwersalizmie praw człowieka, która umożliwia dosyć jednoznaczne i stosunkowo proste rozwiązania w tym zakresie. Poniekąd wydaje się, że w gruncie rzeczy ETPC stosując swe dość karkołomne zabiegi odnośnie ekstraterytorialnego zastosowania Konwencji, próbuje osiągnąć ten sam cel. Mianowicie zapewnienie, że wszędzie tam, gdzie państwo ma nie tylko formalną, ale także faktyczną możliwość zapewnienia przestrzegania i ochrony praw człowieka, będzie ponosić z tego tytułu odpowiedzialność.

3. Problem relacji pomiędzy działaniami podejmowanymi w ramach rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych a prawami człowieka

W sprawie *Al-Jedda* niezwykle ważny był wątek związany z ustaleniem relacji pomiędzy normami art. 25 i 103 Karty Narodów Zjednoczonych oraz opartymi na nich działaniami a EKPC. W art. 25 członkowie Organizacji zobowiązują się przyjmować i wykonywać decyzje Rady Bezpieczeństwa zgodnie z Kartą. Zdaniem Trybunału kwestią kluczową pozostawała odpowiedź na pytanie, czy Rezolucja 1546 rzeczywiście nakładała na państwo obowiązek internowania skarżącego, jeśli w ogóle nie zmierzało ono do postawienia

zarzutów karnych i nie mieściło się w żadnym wyjątku przewidzianym art. 5 EKPC¹²¹.

Obowiązek i nakaz działania polegającego na internowaniu rząd opierał głównie na brzmieniu par. 10 Rezolucji 1546: „*authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq in accordance with the letters annexed to this resolution*”. Rezolucja ta odnosiła się także do listu Collina Powella, w którym pisał on o internowaniu jako jednej z czynności, którą należy kontynuować¹²². Tym niemniej sam tekst Rezolucji nie nakładał na państwa obowiązku internowania¹²³.

Trybunał stwierdził, że jednym z celów określonych w art. 1 Karty Narodów Zjednoczonych jest poszanowanie praw człowieka, a treść art. 24 par. 2 wymaga od Rady Bezpieczeństwa, aby jej realizacja odpowiedzialności za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa odbywała się w poszanowaniu celów i zasad Narodów Zjednoczonych. Na tej podstawie ETPC założył, że w przypadku interpretacji rezolucji trzeba domniemywać, że Rada Bezpieczeństwa nie nakłada na państwa zobowiązań wiążących się z łamaniem podstawowych zasad ochrony praw jednostki¹²⁴. Jednym z argumentów był ten, że EKPC powstała zaledwie pięć lat później niż Karta Narodów Zjednoczonych i nie miała zapewne na celu niezgodności z nią, a w szczególności wyłączenia zastosowania art. 103. ETPC podkreślił, że Konwencja stanowi część prawa międzynarodowego. Z powodu braku jednoznacznych norm świadczących o czymś przeciwnym należy poczynić domniemanie, że Rada Bezpieczeństwa zobowiązywała państwa w ramach wielonarodowych sił zbrojnych do realizacji misji w sposób zgodny z prawem międzynarodowym praw człowieka¹²⁵. Potwierdzenia takiego założenia upatrywał Trybunał w treści par. 7 analizowanej Rezolucji 1546, w którym Rada Bezpieczeństwa zobowiązywała Specjalnego Przedstawiciela Sekretarza Generalnego oraz UNAMI do promocji i ochrony praw człowieka. Kolejnym argumentem było wielokrotne podnoszenie przez UNAMI problemu internowań dokonywanych przez wielonarodowe siły zbrojne bez kontroli sądowej¹²⁶.

¹²¹ Por. *Al-Jedda*, par. 101.

¹²² Por. *Al-Jedda*, par. 88.

¹²³ Por. *Al-Jedda*, par. 76 i 102.

¹²⁴ Por. *Al-Jedda*, par. 102.

¹²⁵ Por. *Al-Jedda*, par. 105.

¹²⁶ Por. *Al-Jedda*, par. 106.

Takie podejście wpisuje się w zakres przedmiotowy zasady powściągliwości dokonywania wykładni Karty NZ i innych dokumentów¹²⁷. Znanе jest ono już ze wcześniejszych orzeczeń, szczególnie zaś z decyzji w sprawach *Behrami* i *Saramati*. Trybunał stwierdził w nich, że jego zadaniem nie jest autorytatywna interpretacja tych przepisów, a jedynie zbadanie, czy była w nich *possible basis* do udzielenia pewnych odpowiedzi na zadane mu pytania¹²⁸. Podobnie rozumował Komitet Praw Człowieka w sprawie *Sayadi and Vinck*¹²⁹.

Wydaje się, że dokładna analiza obowiązków wynikających z rezolucji Rady Bezpieczeństwa ma niewątpliwie ten walor, że zapobiega szerszej praktyce ekskulpacji państw w sytuacji naruszeń praw człowieka, gdziekolwiek pojawiają się akty Rady Bezpieczeństwa. Dodajmy, że mogłaby to być potencjalna droga „ucieczki” i omijania wymogów, jakie stawiają traktaty praw człowieka. Tym niemniej pomimo zastosowania domniemania zgodności rezolucji Rady Bezpieczeństwa ze standardami praw człowieka, trzeba stwierdzić, że w praktyce taka niezgodność występuje. ETPC niecały rok później w sprawie *Nada* przeciwko Szwajcarii¹³⁰ musiał się zmierzyć z problemem ewentualnego naruszenia Konwencji w wyniku implementacji rezolucji wprost nakładającej na państwa obowiązki, rzecz można, ewidentnie sprzeczne z prawem do słusznego procesu i skutecznego środka odwoławczego¹³¹. Wystarczy powiedzieć, że ustanowiony rezolucjami Rady Bezpieczeństwa międzynarodowy reżim sankcyjny wobec podmiotów zaangażowanych lub podejrzanych o zaangażowanie w terroryzm został skrytykowany w Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy „*in no way fulfil the minimum standards laid down above and violate the fundamental principles of human rights and the rule of law*”¹³².

¹²⁷ Por. I. C. Kamiński, dz. cyt., s. 275.

¹²⁸ Por. *Behrami*; *Saramati*, par. 122.

¹²⁹ *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, Communication No. 1472/2006, par. 10.3.

¹³⁰ *Nada v. Switzerland*, Application no. 10593/08, 12.09.2012 r.

¹³¹ Por. Seventh Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team Appointed Pursuant to Security Council Resolution 1617 (920025) and 1735 (2006) Concerning Al Quaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities UN Doc. S/2007/677, par. 8, 10 i 26.

¹³² Resolution 1597 (2008), *United Nations Security Council and European Union Blacklists*, par. 6.

Ta sprawa nie dotyczyła działań sił wielonarodowych, dlatego nie będę jej omawiać szczegółowo, ale argumentacja ze sprawy *Al-Jedda* stanowiła istotny element rozważań Trybunału w tym stosunkowo nowym wyroku. Trybunał ponownie zastosował metodologię analizy treści zobowiązań państwa i środków krajowych podjętych na tej podstawie, nie dokonując kontroli zgodności samej rezolucji ze standardami EKPC. Wydając rozstrzygnięcie w sprawie *Nada* ETPC po raz kolejny uciekł w ten sposób od udzielenia odpowiedzi na pytania odnośnie hierarchii zobowiązań międzynarodowych, postawione zresztą przez państwa interwenientów.

Podsumowanie

Jak zauważył w opinii odrębnej do orzeczenia *Al-Jedda* sędzia G. Bonello, analizowane sprawy stanowiły dla ETPC duże wyzwanie. Właściwie po raz pierwszy Trybunał musiał się zmierzyć z problemem działań sił zbrojnych państw-stron poza ich terytorium, a także poza obszarem obowiązywania Konwencji. Po drugie, dodatkową trudność stanowiło powiązanie tych działań z zaangażowaniem ONZ i rezolucjami Rady Bezpieczeństwa. ETPC stanął zatem przed koniecznością analizy całego kompleksu norm prawa międzynarodowego.

Orzeczenia w sprawach *Al-Skeini* i *Al-Jedda* prowadzą do wniosku, że rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności państwa w przypadku wielonarodowych sił zbrojnych sprowadza się do ustalenia, czy państwo sprawuje kontrolę i dowodzenie na tych oddziałach. Ocena, czy tak się dzieje, jest ściśle uwarunkowana analizą okoliczności faktycznych danej sprawy; sam fakt formalnego występowania dowództwa ONZ nie zawsze będzie o tym przesądzał. Tym niemniej na podstawie orzecznictwa międzynarodowego można stwierdzić, że co do zasady istnieje różnica między autoryzowaniem określonych operacji przez Radę Bezpieczeństwa a ustanowieniem międzynarodowej obecności cywilnej czy wojskowej pod egidą organizacji międzynarodowej.

Chociaż ETPC powołuje się w swym orzecznictwie na prace Komisji Prawa Międzynarodowego w sprawie odpowiedzialności państw oraz prace w sprawie odpowiedzialności organizacji międzynarodowej, to jednak nie zrezygnował całkowicie z własnego kryterium ustalania

przypisania odpowiedzialności w postaci *ultimate authority and control*. Należy podkreślić, że jest to konstrukcja, która nie jest tożsama ze stosowanym przez Komisję pojęciem *effective control over the conduct*, a także *exclusive command and control*, którego poparcie wyrażał Sekretariat Generalny ONZ.

Ustalenie, że podmiotem odpowiedzialnym jest państwo, nie rozwiązuje jednak występujących w praktyce trudności. Wielokrotnie zdarza się, że fakt umocowania danych działań w mandacie operacji, a także szczególnie trudna sytuacja w regionie pobytu sił wielonarodowych są postrzegane jako wystarczające do oceny, iż mają one charakter uprawniony. Jednocześnie w związku z tym często występuje problem relacji pomiędzy treścią rezolucji Rady Bezpieczeństwa a standardami praw człowieka. Choć nie zawsze uprawnione jest pisanie o konflikcie zobowiązań, to jednak ogólny poziom sformułowań dokumentów Rady Bezpieczeństwa powoduje wątpliwości interpretacyjne. Co do zasady interpretacja ta powinna być zgodna z celami Narodów Zjednoczonych, a w tym z zasadą poszanowania praw człowieka. ETPC w swoim dotychczasowym orzecznictwie unika rozstrzygnięć dotyczących hierarchii pomiędzy zobowiązaniami wynikającymi z regionalnego systemu ochrony praw człowieka a tymi, które powstają na gruncie systemu Narodów Zjednoczonych. Po pierwsze, jest to możliwe dzięki takiemu stosowaniu Konwencji, które da się pogodzić z instrumentami ogólnego prawa międzynarodowego. Po drugie, Trybunał podejmuje analizę dokumentów międzynarodowych głównie w celu ustalenia, czy rzeczywiście ich postanowienia nakładały na państwa takie obowiązki, które doprowadziły do przyjęcia określonych środków krajowych.

**UWAGI DOTYCZĄCE
CYWILNOPRAWNEGO IMMUNITETU
PAŃSTWA PRZED SĄDEM
PAŃSTWA FORUM W ZWIĄZKU
Z POPEŁNIONYMI PRZESTĘPSTWAMI
PODCZAS KONFLIKTU ZBROJNEGO**

**REMARKS ON WHETHER STATE VIOLATION
OF JUS COGENS DURING ARMED CONFLICT
RESULTS IN LOSING IMMUNITY FROM CIVIL
JURISDICTION ABROAD**

Summary

The article's discussion of jurisdictional immunities of states bears on the hotly debated question of whether a state committing a violation of *jus cogens* loses its immunity from civil jurisdiction abroad. These remarks address the International Court of Justice's (ICJ) treatment of the so-called 'territorial tort' exception to immunity, both generally and specifically in relation to armed conflict. From that point of view, the most important is the recent (2012) ruling of the ICJ that Italy had violated its obligation to respect Germany's entitlement to sovereign immunity under international law, by allowing civil claims to be brought against Germany based on the conduct of German military forces during the Second World War.

key words: state immunity, civil jurisdiction, territorial tort exception to immunity

Koncepcja cywilnoprawnego immunitetu jurysdykcyjnego państwa rozpatrywana z prawnomiędzynarodowego punktu widzenia związana jest z takimi przymiotami, jak suwerenność, równość czy integralność terytorialna, a zarazem z brakiem możliwości rozpoznawania sprawy przeciwko temu państwu na drodze sądowej¹.

Brak możliwości rozpatrywania sprawy na drodze sądowej wraz z koncepcją aktu władczego państwa (*acta de iure imperii*) odnosi się do międzynarodowej aktywności państwa, która jest poza kompetencją państwa sądu (państwa forum) w jego dążeniu do wykonywania jurysdykcji. W związku z tym w stosunku do pozwanego państwa kwestia immunitetu jurysdykcyjnego ma charakter proceduralny i należy ją traktować jako problem wstępny, poprzedzający akt państwa, zaś kryterium przesądzającym jest charakter działań państwa. Te z kolei dzielą się na działania władcze (*acta iure imperia*) i działania o charakterze prywatnoprawnym² (*acta iure gestionis*).

Zgodnie z podstawową zasadą prawa międzynarodowego, polegającą na tym, że jedno państwo (państwo forum) nie osądza innego państwa, państwom przysługuje immunitet jurysdykcyjny przed sądami innych państw w zakresie działań władczych ze skutkami materialno-prawnymi w postaci niemożności uzyskania orzeczenia sądowego co do materialno-prawnego roszczenia odszkodowawczego, czego nie można powiedzieć o zaangażowaniu państwa na płaszczyźnie prywatnoprawnej (komercyjnej), nieobjętej immunitetem jurysdykcyjnym³.

W sferze odpowiedzialności państwa wyłania się również zagadnienie wzajemnej relacji państw na płaszczyźnie procesowej w zakresie deliktów powodujących szkody będące skutkiem działań wojennych⁴.

Problem jest istotny, coraz częściej pojawiają się bowiem kierowane do sądu państwa zdarzenia pozwy z roszczeniami odszkodowawczymi osób fizycznych przeciwko państwu wojującemu, którego siły zbrojne w efekcie działań zbrojnych spowodowały u tych osób uszczerbek

¹ M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2011, s. 442; B. Simma [red.], *The Character of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, 2002, s. 70.

² Z orzecznictwa Izby Cywilnej Sądu Najwyższego RP – glosa P. Lewandowskiego, „PiP” 2011, nr 10, s. 130.

³ Zob. J. Sutor, *Immunitet państwa*, Warszawa 2011.

⁴ Zob. W. Czapliński, *Odpowiedzialność za naruszenia prawa międzynarodowego w związku z konfliktem zbrojnym*, Scholar, Warszawa 2009.

fizyczny (nierzadko nieodwracalny); przy czym żądanie odszkodowania obejmuje często szkodę powstałą w okresie II wojny światowej⁵.

W związku z tym wyłania się pytanie o zakres cywilnoprawnego immunitetu jurysdykcyjnego państwa pozwanego (agresora) przed sądem państwa forum objętego w przeszłości działaniami wojennymi, w wyniku których szkodę poniosły osoby nieuczestniczące czynnie w walkach.

Na gruncie prawa europejskiego w tej kwestii wypowiedział się Trybunał Europejski Unii Europejskiej w związku z następującym pytaniem greckiego sądu odwoławczego: czy powództwa osób fizycznych o odszkodowanie przeciwko państwu pozwanemu ponoszącemu odpowiedzialność cywilną za działania lub zaniechania jego sił zbrojnych w okresie II wojny światowej należą do przedmiotowego zakresu Konwencji o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych z 27 września 1968 r.⁶, w przypadku gdy działania takie, zaistniałe w czasie okupacji miejsca zamieszkania powodów wskutek agresji wojennej państwa pozwanego, są w oczywisty sposób sprzeczne z prawem wojny i mogą zostać uznane za zbrodnie przeciwko ludzkości?⁷

Punktem wyjścia odpowiedzi Trybunału, którą zawarł on w wyroku z dnia 15 maja 2007 r., było stwierdzenie, że o uznaniu konkretnej sprawy za będącą rezultatem określonych działań państwa decyduje charakter stosunku prawnego będącego podstawą sporu.

Odwołując się zaś do koncepcji suwerenności w prawie międzynarodowym, Trybunał skonstatował, że działania zbrojne prowadzone przez siły zbrojne III Rzeszy Niemieckiej w trakcie II wojny światowej stanowiły emanację suwerenności Rzeszy, jako że decyzje o rodzaju działań wojennych oraz ich intensywności podejmowane były jednostronnie przez dowództwo niemieckie, a zarazem były one bezwzględnie wiążące dla niemieckich organów władzy publicznej w związku z prowadzoną polityką zagraniczną, której immanentnym elementem były działania wojenne (w myśl tezy pruskiego teoretyka wojny i generała Carla von Clausewitza: „wojna jest niczym innym, jak dalszym ciągiem polityki przy użyciu innych środków”⁸). A to powoduje, że

⁵ Tamże.

⁶ United Nations Treaty Series, 1.1262, nr 20747; M. N. Shaw, dz. cyt., s. 461.

⁷ Dz.Urz. UE, 2007, sygn. akt: c-292/05.

⁸ C. von Clausewitz, *O wojnie*, Wydawnictwo Mireki, 2010, s. 468.

zgodność lub niezgodność aktów władczych nie ma w takiej sytuacji znaczenia, co jednocześnie sprawia, że greckim sądom nie przysługuje w stosunku do Republiki Federalnej Niemiec (jako następcy Rzeszy Niemieckiej) co do zasady jurysdykcja w przedmiotowej sprawie.

Niemniej pojawia się też tendencja określana mianem *tort exception to immunity*, wychodząca z założenia, że skoro w sferze prawnomiędzynarodowej każde państwo zobowiązane jest do przestrzegania norm prawa międzynarodowego powszechnego, w tym i umów, których jest stroną, to należy odrzucić powoływanie się na cywilny immunitet jurysdykcyjny przez państwo w odniesieniu do czynów wynikających z aktu władczego, gdy stanowi on delikt popełniony na obszarze państwa sądu. Na gruncie prawa międzynarodowego znalazło to swój normatywny wyraz w art. 11 europejskiej Konwencji o immunitecie państw (z 16 maja 1972 r.)⁹, wyłączającym możliwość powoływania się przez pozwane państwo na immunitet jurysdykcyjny w sprawie zadośćuczynienia za uszkodzenie ciała lub naprawienie szkody wyrządzonej w mieniu, jeśli wynikiły one wskutek zdarzeń zaistniałych na obszarze państwa sądu, a sprawca był obecny na tym terytorium, kiedy do nich doszło.

Choć nie wynika to jednoznacznie z przedmiotowej Konwencji, przyjąć należy, że nie obejmuje ona swym zakresem szkód powstałych w związku z działaniami wojennymi w trakcie II wojny światowej z uwagi na zasadę *lex retro non agit*. Koncepcję wyłączenia immunitetu jurysdykcyjnego odnoszącego się do zdarzeń obejmujących naruszenie bezwzględnie obowiązujących norm międzynarodowego prawa humanitarnego podniósł również włoski Sąd Kasacyjny w sprawie *Fervini v. Republika Federalna Niemiec*¹⁰, co jego zdaniem powoduje, że państwo naruszające prawnomiędzynarodową normę *iuris cogentis*, a tymi są normy prawa humanitarnego mające zastosowanie w trakcie działań wojennych, zrzeka się w sposób dorozumiany immunitetu jurysdykcyjnego, jeśli zdarzenie będące źródłem naruszenia obejmuje sferę zbrodni prawa międzynarodowego.

Z kolei MTS w orzeczeniu z lutego 2012 r., odnoszącym się do sporu niemiecko-włoskiego, potwierdził, że międzynarodowe prawo

⁹ United Nations Treaty Series, 1.1495, nr 25699.

¹⁰ Zob. *Z orzecznictwa Izby Cywilnej...*, dz. cyt., s. 132–133.

zwyczajowe, będące integralną częścią prawa międzynarodowego, nakazuje przyznawać immunitet jurysdykcyjny państwu, przeciwko któremu toczy się postępowanie odnoszące się do przestępstw dokonanych w czasie działań wojennych przez jego siły zbrojne na obszarze państwa sądu, wobec czego nierespektowanie tego stanowi odejście od zasady suwerennej równości państw¹¹.

W tym miejscu nasuwa się pytanie o stanowisko sądów polskich.

Odpowiadając, odwołać należy się do obowiązującego w Polsce porządku prawnego. Obowiązuje w nim zasada dotrzymywania zobowiązań międzynarodowych, znajdująca swój wyraz w normie generalnej – art. 9 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. – będącej przepisem o charakterze deklaracji, w której ustawodawca opowiedział się za poszanowaniem przez Polskę całego wiążącego ją prawa międzynarodowego, w jakiegokolwiek postaci by ono nie występowało, oraz za wykonywaniem w dobrej wierze zobowiązań międzynarodowych, a także interpretowaniem prawa krajowego w zgodności z prawem międzynarodowym. W przypadku konfliktu tego ostatniego z normą krajową pierwszeństwo należy się normie prawnomiędzynarodowej, zawartej w umowie międzynarodowej, lub normie prawa zwyczajowego, a zwłaszcza normie odnoszącej się do immunitetu państwa¹².

Wobec tego sądy polskie wychodzą z założenia, że istnieje konieczność badania immunitetu jurysdykcyjnego państwa pozwanego w świetle obowiązującego w Polsce cywilnego prawa procesowego, a następnie stwierdzenia, czy nie jest on wyłączony z uwagi na to, iż polskie prawo nie reguluje materialno-prawnych warunków korzystania z immunitetu jurysdykcyjnego przez obce państwo pozwane przed sądem polski.

Wobec faktu, że polski Kodeks postępowania cywilnego (k.p.c.) reguluje jedynie wyłączenie przedmiotowe w odniesieniu do immunitetu dyplomatycznego (art. 1111 § 1 k.p.c.) i konsularnego (art. 1112

¹¹ Wyrok MTS z 3.02.2012 r. w sprawie *Republika Federalna Niemiec v. Republika Włoch*; www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf. (dostęp: 1.09.2012) Zob. też: A. Gattini, *The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?*, „Leiden Journal of International Law” 2011, nr 1, s. 173 i n.

¹² M. Masternak-Kubiak, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe*, [w:] M. Kruk [red.], *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, Warszawa 1997, s. 53.

§ 1 k.p.c.)¹³, a zarazem istnienie lub brak jurysdykcji w sprawie sąd polski bierze pod uwagę z urzędu w każdym stanie sprawy (art. 1099 § 1 k.p.c.), wyłania się pytanie, czy wyłączenie cywilnoprawnego immunitetu jurysdykcyjnego państwa obejmuje również sprawy dotyczące zdarzeń zaistniałych na terytorium polskim w czasie II wojny światowej.

W kwestii tej miał sposobność wypowiedzenia się Sąd Najwyższy. Otóż w sprawie W. Natoniewskiego przeciwko Republice Federalnej Niemiec Federalny Urząd Kancelarski w Berlinie¹⁴ postanowieniem z 29 października 2010 r. oddalając skargę kasacyjną powoda, stanął na stanowisku istnienia zwyczajowej normy prawa międzynarodowego publicznego, statuującej cywilnoprawny immunitet jurysdykcyjny państwa obcego przed sądem państwa zdarzenia (w tym przypadku państwa polskiego), co tym samym jest potwierdzeniem zasady, że *par in parem non habet imperium* także w odniesieniu do deliktów władzy publicznej popełnianych na obszarze państwa sądu. Innymi słowy: brak jest podstaw do stwierdzenia wyjątku, że zachodzi sytuacja wyłączająca spod przedmiotowego immunitetu roszczenia z deliktów popełnianych w czasie wojny na terytorium państwa sądu orzekającego, będących skutkiem naruszenia humanitarnych praw jednostki.

W konkluzji Sąd Najwyższy stwierdził nieziszczenie się przesłanki negatywnej jurysdykcji krajowej w postaci braku immunitetu jurysdykcyjnego, wobec czego, mimo zachodzenia przesłanki pozytywnej w postaci istnienia miejsca dokonania czynu, w tym przypadku terytorium polskiego, nie mogą znaleźć zastosowania odpowiednie przepisy k.p.c. Pamiętać bowiem trzeba, że prawo międzynarodowe nakazuje dokonywać nie tylko ocen, ale także subsumcji zdarzeń prawnych według prawa obowiązującego w momencie zajścia zdarzenia. Tym samym odwołanie się do normy zwyczajowej nieobowiązującej w trakcie zdarzenia jest niemożliwe. A zatem przytaczając meritum postanowienia Sądu Najwyższego w przedmiotowej sprawie, podkreślić trzeba, że sąd ten stwierdził, iż „immunitet jurysdykcyjny oceniany jest według *lex fori procesualis* ze skutkiem *ex tunc* niezależnie od czasu wystąpienia zdarzenia, a przysługuje on państwu pozwanemu przed sądem

¹³ Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17.11.1964 r.; Dz.U. z 1964 r. Nr 43 poz. 296 z późn. zm.

¹⁴ IV CSK 465/09, OSNC, 2011/nr 2, poz. 22.

innego państwa w zakresie czynów popełnionych przez siły zbrojne pozwanego państwa w czasie działań zbrojnych na terytorium państwa sądu”¹⁵.

W tym kontekście nie można nie dostrzec jakby zapomnianej zasady zwanej jurysdykcją terytorialną, z którą trudno pogodzić pierwszeństwo prawa państwa sprawcy przed prawem państwa terytorium (państwa forum) do wykonywania przez nie swojego władztwa w stosunku do zdarzeń w jego granicach.

Poza tym należy mieć też na uwadze to, że poszkodowani mogą skorzystać ze środka ochrony ich praw przedmiotowych w postaci wytoczenia powództwa odszkodowawczego przed sądem państwa, które dopuściło się naruszenia ich praw jako praw człowieka¹⁶.

¹⁵ Por. IV CSK 465/09, OSNC, 2011/nr 2, poz. 22.

¹⁶ Por. orzeczenie ETPC w sprawie *Waite and Kennedy v. Republika Federalna Niemiec* z 18.02.1999 r., nr skargi 26083/94.

TO WHAT EXTENT SHOULD THE UNITED NATIONS PARTICIPATE MILITARILY IN FUTURE PEACE SUPPORT OPERATIONS?

PRZYSZŁOŚĆ MISJI POKOJOWYCH PROWADZONYCH PRZEZ ORGANIZACJĘ NARODÓW ZJEDNOCZONYCH

Streszczenie

Koniec zimnej wojny doprowadził do radykalnej zmiany w sposobie prowadzenia misji ONZ i wielostronnych działań na rzecz utrzymania pokoju. Misje pokojowe są sposobem pomocy krajom dotkniętym konfliktem poprzez stwarzanie warunków do trwałego pokoju. Wyzwania, którym stawiają czoło misje pokojowe ONZ od 1990 r., są ogromne. Chociaż ONZ dąży do odegrania wiodącej roli w utrzymaniu pokoju i bezpieczeństwa na świecie, nie jest obecnie w stanie efektywnie prowadzić operacji pokojowych. W artykule dokonano analizy misji ONZ i podjęto próbę wskazania, w jakim kierunku powinny być prowadzone przyszłe działania.

słowa kluczowe: bezpieczeństwo narodowe, szkolenie obronne, współpraca cywilno-wojskowa

Introduction

Since the end of the Cold War, military interventions of the United Nations (UN) have been redefined. In the new world order, the UN has found itself under increasing pressure to diversify its operations and, in addition to its traditional peacekeeping role, intervene more readily in domestic conflicts. During the Cold War, the UN Security Council polarized, and the use of the veto would stifle many opportunities for

possible interventions by the UN peacekeeping forces. Only on rare occasions would the Security Council authorise a full deployment of UN forces as envisaged by Chapter VII of the UN Charter¹. Peacekeeping operations are generally undertaken under Chapter VI of the UN Charter². This traditional peacekeeping role was referred to by the UN as ‘an operation involving military personnel, but without enforcement powers, undertaken by the UN to help maintain or restore international peace and security in areas of conflict’³.

The Charter does allow international action to repel or deter aggression under Chapter VII, which falls short of enforcement, to facilitate pacific settlement of disputes under Chapter VI. Peacekeeping missions could be mounted under Chapter VI and could depend on a mandate from the Security Council only when there was no veto from a member of the Security Council, including the superpowers: the USA and the USSR. UN forces would be provided by selected countries in consultation with the Security Council. By tacit agreement, the permanent members of the Security Council⁴ were excluded from providing troops for peacekeeping operations but there would be exceptions.

Peacekeepers were prohibited from using force, with the exception of self-defence, or to resist by forceful means any attempts to prevent the UN force from discharging its duties under the Security Council’s mandate. Any escalation of force beyond self-defence was regarded as enforcement. Without the authority or the provision of suitable military force, peacekeepers had to rely more upon their international status and backing of the international community. During the Cold

¹ Chapter VII, Article 42 ‘...the Security Council... may take such action by air, sea or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea or land forces of Members of the United Nations’, www.un.org/en/documents/charter/chapter7.shtml (1.09.2012).

² Chapter VI, Article 33 ‘The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice’, www.un.org/en/documents/charter/chapter6.shtml (1.09.2012).

³ T. Weiss, *A Guide to Peace Support Operations*, Providence: The Thomas J Watson Jr Institute for International Studies, 1996, p. 9.

⁴ The Council is composed of five permanent members — China, France, Russian Federation, the United Kingdom and the United States, www.un.org/sc/members.asp (05.03. 2012).

War, peacekeeping operations (PKO) were generally the containment of conventional inter-state conflicts. In most instances, opposing sides consisted of disciplined armed forces, which were subordinated to state governments, and were accountable for their actions as both military units and individuals.

Traditional PKOs were dependent upon the consent of conflicting parties and, where a cease-fire had been agreed, there was peace to be kept. There was an absolute requirement for peacekeeping forces to be completely impartial in the performance of their role. Assistance by UN forces to either side, such as tending to wounded personnel, collection of human rights information, or the disposal of mines and battlefield ordnance, might threaten the interests of either opposing party and alter their acceptance of the impartiality of UN units involved⁵.

Before 1990, the presence of nuclear armed superpowers placed emphasis on inter-state rivalries, thereby reinforcing Article 2(7)⁶ and the belief that internal matters were solely the preserve of states. The respect for sovereignty not only prevented interventions on humanitarian grounds, but also involved respect for the territorial integrity of existing states. As the Cold War collapsed and nation states proliferated, it became apparent that intra-state conflicts would be the main challenge facing the UN. The UN interventions in northern Iraq, Bosnia, and Somalia made it difficult for the organisation to deal with the issues that had once been considered 'essentially within the domestic jurisdiction of states' under Article 2(7). Since the Gulf War in 1991, more threats to peace and security appear to come from internal conflicts. These conflicts could spread across borders to other states, or destabilise the increasingly interdependent global community and economy, or involve such acts of human suffering as to shock the world into action. As a consequence of becoming involved in intra-state violence and of the need for larger and better equipped forces, the status of peacekeepers has altered. The intervention by NATO in Kosovo raised the stakes further. In not seeking approval before

⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁶ Chapter I, Article 2(7) 'Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter...', www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml (05.03. 2012).

the intervention, NATO unwittingly undermined the credibility of the UN. The dilemma for the UN is as follows: should it revert to its more traditional role of peacekeeping or should it seek to be more readily capable and willing to intervene in intra-state conflict and become a peacemaker?

1. Background

The consensus of collective international security experienced deadlock for over 40 years during the Cold War as a result of bipolar rivalry. Thus, the original conception of the UN, an organisation established to keep international peace, was thwarted and experienced a false start. The Korean War of 1950 was the UN's last 'enforcement' peacekeeping operation to defeat an aggressor until the 1991 response to Iraq's invasion of Kuwait⁷. The Cold War stalemate paralysed the UN's capability for peacekeeping and undermined the initial confidence inspiring the organisation's creation. The confrontation between East and West pervaded every aspect of global affairs and quashed any prospect for organising supranational security forces to maintain global peace and stability.

In the 40 years from 1948 to 1988, the UN mounted only 13 peacekeeping operations, but since 1988, it has already undertaken 53 peacekeeping missions. At the peak in 2010, there were more than 102 000 civilian and military peacekeepers from 115 countries deployed around the world. The number has now declined to 16 ongoing UN peacekeeping missions⁸.

After the Cold War, as the political tension lessened in the Security Council (SC), the UN was revitalised and able to be more responsive to conflicts in which the interests of the US and the former USSR had previously prevented any effective action. However, the end of the superpower rivalry did not end or reduce global conflicts. As a result, the number of UN operations has increased. Previously suppressed by the bipolar dispute between the opposing blocs, problems emerged in

⁷ R. Holmes, *The Oxford Companion to Military History*, Oxford University Press, Oxford 2001, p. 698.

⁸ www.un.org/en/peacekeeping/resources/statistics/factsheet.shtml (01.03. 2012).

regions and states which had been relatively stable before. As standing Cold War forces withdrew or reduced in size, violence was fuelled by the preponderance of small arms and light weapons in the former war zones. Conflicts and humanitarian disasters evolved from population increases that further pressurised scarce resources, including water, which created demographic shifts. Collapsing multi-ethnic states, artificially propped up by the former superpower adversaries, became vulnerable to increasing demands by differing ethnic and cultural groups for self-determination. Although the nature of conflicts did not change, the focus of the Security Council shifted from inter-state to intra-state rivalry, and many of these states degenerated into civil war, intercommunal violence and even anarchy. The UN and coalition forces were deployed more readily and obtrusively than before. The scale and complexity of these emerging operations required multinational forces and so, the permanent members of the Security Council increased their interest and involvement.

The use of force to intervene in another states' internal affairs is currently prohibited under the UN Charter in Article 2(4), but it can be overridden in cases of individual or collective self-defence under Article 51. Also, Article 2(7) prohibits intervention by the UN in 'matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state', but does allow for the possibility of 'enforcement measures under Chapter VII'. In the wake of the dramatic success of Operation Desert Storm in driving Iraq out of Kuwait in February 1991, there was a corresponding call on the UN to intervene on behalf of the international community on a more frequent and willing basis. However, the crisis was atypical of the future operations in which the UN would be involved. It was a clear violation of a state's internationally recognised border by another nation state. It was relatively easy to form an international alliance to repel the invasion and have the backing of the majority of nations. The subsequent involvement in Iraq's domestic affairs to impose safe havens for the Kurds in the north and Shiites in the south was much more controversial. This intervention on a purely humanitarian basis set the precedent for a more active UN role in international security.

When the Security Council met at the level of heads of government in January 1992, all the speakers expressed confidence regarding the

peace-making and peacekeeping capability of the Organisation in the post-Cold War climate, and many undertook to strengthen its capacity to act pre-emptively before disputes degenerated into conflict. There was no hint from any delegation that the UN was anything but a major asset in terms of national interest, let alone global peace – a far cry from the equivocations of the mid-1980s⁹.

The UN has failed to fulfil that early promise. Many operations have fallen short, with examples including its limited intervention in Bosnia to protect rather than force through aid convoys, the failure to remain impartial during the mission in Somalia, and the indifference to the intervention in Rwanda.

However, it has not been all failure. The UN has successfully moved beyond the traditional realms of peacekeeping. The operations that brought Namibia to independence and transformed the society and politics of Cambodia and El Salvador are examples demonstrating that the UN can afford to undertake a broader concept of peacekeeping with military involvement. It is more difficult when cease-fire agreements are non-existent or precarious; when the UN does not have a formal consent or practical co-operation of all parties is absent. Similarly, when the nature of a conflict might oblige the UN to intervene by force, it thereby loses its position of neutrality and impartiality.

The UN must now decide what future it has for peace support operations beyond the traditional peacekeeping duties, especially for the more demanding role of peace enforcement¹⁰ which it performed so successfully in the past.

After the Cold War, many clashes have broken out amid the apathy of superpowers to intervene, whereas during the Cold War, both major alliances had sought to prevent conflicts arising which might affect their interests. This is because the potential problems present lower risk and the outcomes are not as threatening to either a superpower's security or its prestige. In such atmosphere, warring factions are more likely to engage in armed conflicts to pursue their own ends under the

⁹ J. Mayall, *The New Interventionism 1991–1994*, Cambridge: University of Cambridge, 1996, p. 10.

¹⁰ Peace enforcement operations are coercive in nature and undertaken under Chapter VII of the UN Charter when the consent of any major parties to the conflict is uncertain. They are designed to maintain and re-establish peace or enforce the terms specified in the mandate.

gaze of the indifferent international community. The international community has no desire to either intervene or become embroiled in a mission that has no direct effect on its own interests. For example, Rwanda was largely ignored, because it was unlikely to have as equal a knock-on effect to the security of western Europe as the proximity of Kosovo.

Peace enforcement requires military, financial and political resources. The member states are simply not willing to provide these assets unless there is an apparent national interest, be it oil or the potential for conflicts in close proximity to spill over into neighbouring countries. The resources also require a means to manage them, which the UN neither possesses, nor is likely to be granted. There are, therefore, a number of concerns which the UN must address before an intervention is considered.

The first question concerns the willingness of the UN member states to intervene in intra-state conflict when there may be little direct threat to their national security or interests. Central to this is the view of the permanent members of the Security Council, which has recently been muddled by China and Russia stating the sanctity of non-intervention in a state's internal affairs. However, this view is ostensibly to defend their actions within their state borders, i.e. in Tibet and Chechnya.

But to do nothing and not intervene is likewise not an option. The moral dilemmas of large-scale humanitarian abuses compel the international community to undertake some sort of action, especially when their media coverage is broadcast directly into millions of homes around the world. Few democratic governments can afford to ignore the pressure that the media are likely to bring to bear. The UN has to define how it can respond to future crises, as already witnessed in Somalia and Rwanda, while retaining the support of its member states.

The tide may have turned once again when NATO, after the inaction in Bosnia, was shamed into taking unilateral action in Kosovo, without the explicit approval of the UN Security Council. The problem is what happens when the Council chooses not to exercise its prerogative. Should NATO have at least attempted to obtain authorisation from the Security Council? If it had attempted to gain approval, the effort would have shown, at the very least, respect for the UN. It would also have enabled people around the world to see exactly which states

were refusing to authorise action to put a halt to continuing atrocities. Conversely, it would have been more difficult for NATO governments to gain public support for a military action vetoed in the UN, which might have exposed divisions within the alliance¹¹. Instead, NATO took action regardless of the UN approval, in the hope that international opinion would return a favourable verdict that the end justified the means on humanitarian grounds.

In order to repel or deter aggression, and to maintain world peace, security and international stability, no peacekeeping mission by the UN is required but a Desert Storm-like operation. This cannot be achieved without the political will of the UN, backed by its member states, or without the resources and finances necessary to embark on this type of mission. Financially, UN peacekeeping is in crisis. The UN is dependent upon the US to provide a 30% share of peacekeeping costs, and they are about \$1 billion in arrears¹². Peacekeepers cannot impose their will on those who do not wish to keep the peace. To do so would require the UN to apply force on one or more parties and thus lose peacekeeper impartiality. The only way peacekeepers can be trusted by both sides is by maintaining their neutrality, being clear and transparent in their deeds, and keeping lines of communication open. The moment they lose the trust, they are perceived to be one-sided and become part of the problem they were sent to solve. This was exemplified with the UN in Somalia when Admiral Howe, the Secretary General's Special Representative, under the direction of the US, departed from the mandate of providing humanitarian aid and attempted to pursue and capture General Aidid. Additionally, it would be militarily irresponsible for the UN to attempt to force a solution when deployed in lightly armed and thinly armoured, white painted vehicles, thereby putting its peacekeepers at risk from armed attack.

A number of proposals have already been offered in recent years for the development of a more capable UN peace support operation system. Boutros-Boutros Ghali's Agenda for Peace in 1992 calls for forces to enforce UN resolutions, but does not contain guidance on

¹¹ A. Roberts, *NATO's 'Humanitarian War' Over Kosovo*, Survival, vol. 41, no. 3, Autumn 1999, p. 104.

¹² H. Beach, *'Causes, Aims and Means of Intervention'*, in *Some Corner of a Foreign Field: Intervention and World Order*, ed by Williamson R, (Basingstoke: Macmillan Press Ltd, 1998), p. 198.

how to create a UN military force. Putting the UN forces under the UN command is still something that governments find difficult to come to terms with. As a presidential candidate, Bill Clinton called for a 'stand-by, voluntary UN rapid deployment force', but since being voted into office he has become noticeably quiet on this issue¹³. In 1994, Clinton signed Presidential Directive Decision (PDD) 25 as the basis for the US involvement in PSOs¹⁴. PDD-25 advises against US participation in operations that have too broad a mandate, troops or equipment considered inadequate to accomplish their goals, or indefinite and unattainable end states. Although various proposals to provide a UN intervention force have differed in their assumptions, there is some convergence on several initiatives, but it has to be realised that any reform to UN peace support operations is a long-term aim.

2. Fundamentals of peace operations

There are several general principles to the conduct of PSOs. The first is that there must be a clearly defined and achievable objective for an operation, with a recognised end state. They should be defined within the operational mandate and include the definitions of the mission's failure and success. If there is no underlying political agreement to end the conflict, the operation is likely to remain open-ended while peacekeepers, at best, maintain the status quo. The UN must be prepared to either withdraw or not take action if the intervention does not reinforce a broader political process for the resolution of the conflict¹⁵. Arguably, this was not achieved in Bosnia, where the emphasis was on the immediate, visible spectre of humanitarian hardship rather than tackling the root causes of the conflict¹⁶. Any operation is likely to be multinational and multifunctional; therefore, there must be the unity of effort between all the parties in order to achieve coherency

¹³ S. Duke, *The United Nations and Intra-state Conflict*, International Peacekeeping, Winter 1994, p. 383.

¹⁴ Clinton Administration Policy on Reforming Multilateral Peace Operations, www.fas.org/irp/offdocs/pdd25.htm (1.09.2012).

¹⁵ M. Berdal, *Whither UN Peacekeeping?*, London: Brassey's (UK) Ltd, 1993, p. 32.

¹⁶ R. Smith, *The Requirement for the United Nations to Develop an Internationally Recognised Doctrine for the Use of Force in Intra-state Conflict*, Strategic and Combat Studies Institute, no. 10, 1994, p. 31.

commensurate with the operation concerned. Although the UN's military and civilian agencies are unlikely to be within the same command and control structure, recognised lines of communication must exist between them. National and international politics has an all-pervasive influence on PSOs. They will impact upon the response to and conduct of any conflict by the UN. Politicians must take into account the concept of a mission and all long-term aims of the operation, before agreeing to any mandate. When mandated, the politicians must refrain from 'political interference' in the military operation by changing objectives, or the conduct of the operations. For military forces, the inherent right of self-defence is paramount, and any other force that is used must be legitimate and proportional.

In the 1990s, the acceleration of PSOs required a change of doctrine by national defence forces, but it was outstripped by the pace and complexity of potential operations. Impartiality is hard to maintain. International peacekeepers can no longer rely on their traditional status as impartial observers. The UN is now a part of the complex matrix of intra-state warfare. When peacekeepers intervene to halt a warring faction's attempts to starve, exterminate, or displace a civil community, the belligerent's perception will not see the UN as acting impartially¹⁷. International support or consent is no longer a prerequisite to conducting PSOs and has become reliant upon a consensus. In addition to the permanent members of the Security Council, regional powers also play a decisive role, and within the host nation, it is now a measure of local support. Some doctrinal changes must be made in planning and conduct of complex operations by the UN and the militaries of the member states providing forces on the ground. The doctrine for PSOs is still based on the continuing need for consent from all the parties, passive force and strict impartiality of UN peacekeepers conducting missions. Peacekeeping mandates approved by the Security Council, such as Bosnia and Somalia, failed to take into account the implication of working without the full consent of all the parties. There is a need for a more coherent doctrine for PSOs that accounts for the authority of the UN and the political consensus of the permanent members of the Security Council. However, other professional bodies, such as civil

¹⁷ J. Mackinlay, *Peace Support Operations Doctrine*, The British Army Review 113, Aug 96, p. 6.

agencies and NGOs, which will be involved in future PSOs, must also be considered in the doctrinal change¹⁸.

3. Command and control in peace operations

Any UN operation must be directed and co-ordinated by a recognised appointed commander who has the authority to exercise control over the military force involved in the mission. The effectiveness of the mission is dependent upon the quality of command and control over the UN force starting from the Secretary General in New York to the arrangements in the theatre of operation. Command and control is a military term for the management of resources, procedures, and personnel. It extends beyond sole decision-making and issuing orders, and includes gathering information, planning (i.e. pre-emptive decision-making), and assessing effects of any action. UN operations have frequently suffered from unclear and ambiguous chains of command, with no overarching control of either UN agencies or NGOs. In 1993, this problem was openly acknowledged by the Secretary General in his comment on UNPROFOR (1992) in Bosnia stating that, 'complicated command and the need to deal with a variety of agencies enjoying an autonomous status in their functioning, are factors that have contributed to creating an environment that is not favourable to operational efficiency'¹⁹. There has also been a tendency for troop-contributing countries to seek operational guidance from their own governments and this has intensified as operations have become complex both militarily and politically.

The command of large-scale complex operations, such as IFOR in Bosnia, require a robust but flexible command structure, which is authorised to deal with inter-agency, NGO, and multinational issues, and which is capable of altering its scale, and conduct combat operations if necessary²⁰. Only a practised and integrated military alliance or coalition, centred on a lead nation, is likely to possess this capability. In the more traditional role of peacekeeping, which

¹⁸ J. Pawłowski, A. Ciupiński, *Umiędzynarodowiony konflikt wewnętrzny*, Akademia Obrony Narodowej, Warszawa 2001, p. 34.

¹⁹ M. Berdal, *op. cit.*, p. 42.

²⁰ R. Holmes, *op. cit.*

is small-scale, relatively simple to conduct, and when there is no complex command arrangement, the UN forces are likely to remain under direct UN control. However, larger and more complex operations of intervention with multinational forces will require a more practical, political and military framework that the UN will not be able to provide. It is unlikely that the UN will ever be able to exercise effective command and control in complicated PSOs, because it will always need to accommodate the obligations of the contributing governments. The international community effectively 'sub contracted' the intervention in the Gulf and Kurdistan, because the UN had no military infrastructure²¹.

The current arrangement for the command and control of resources is for the member states to remain in control of their forces until they are physically deployed to a theatre of operation. During their period of assignment to the UN, the military personnel made available by the member states remain in their national service, but come under the operational command of the UN. In complex PSOs, it is perhaps true that the UN operates most effectively when the military force is under decisive and authoritarian leadership. More often than not, this has meant the United States taking the lead, which leaves the UN open to accusations of elitism and imposing the Western values of developed nations upon weaker and poorer states. A counter to the argument for the US leadership is that the US may not wish to participate in a PSO because it does not serve its national interest. The size and capability of the US military is likely to be an overpowering argument for any PSO, because of its sea and air strategic lift capacity, and its technological lead in surveillance and intelligence gathering assets. As noted by one observant writer, 'without US political, financial and logistical support, few UN peace operations can get off the ground. All require at least tacit American backing. Decisions to initiate such operations are largely, if indirectly, in the hands of US national policymakers'²². The lack of interoperability between the member states' communications equipment and intelligence networks would strengthen the argument against a dedicated UN command and control organisation.

²¹ K. Campbell, T. Weiss, *Military Humanitarianism*, Survival, vol. XXXIII, no. 5, September/October 1991, p. 456.

²² S. Duke, *op. cit.*

Commanders need sufficient freedom of action to exploit sudden opportunities, and response will be an important element of keeping the initiative over an adversary. Both command structures and information flows should be designed with this in mind.

Currently, the chain of command is usually from the Security Council, via the Secretary General, to the appointed Head of Mission (HoM) or the Special Representative, who is, in effect, the Mission Commander²³. This process has rarely been used in PSOs. At the moment, the HoM develops mission plans with his own separate staff. The HoM should act as the buffer at the strategic level to interface between politicians and the military, thus enabling the military operational commanders to focus on the PSO²⁴. The HoM should be responsible for overall co-ordination with other agencies and stating the operation's end state. The HoM should not be responsible for developing concepts of operation. This should be delegated to the military Force Commander. The Force Commander should have operational command of the assigned force to fulfil the aim of the mission and achieve the recognised end state, as defined by the HoM and sanctioned by the Secretary General.

The HoM reports daily to the Department of Peacekeeping Operations (DPKO) in the UN's Headquarters²⁵. The DPKO was formed in 1992 in answer to the ever increasing demand for peacekeeping operations and transformed the UN's response to PSOs. Initially, it was principally shaped by gratis military officers offered by some member states. It consolidated strategic and operational logistics, mission planning, military advice, peacekeeping and operations²⁶. The DPKO was able to give informed military advice at every step of the political process, so that the Security Council and the Secretary General could understand military implications of any policy option. Although the UN appeared impotent in Bosnia and Angola, the organisation has

²³ The UN Secretary General is responsible to the Security Council for the organization, conduct and direction of UN operations. Joint Warfare Publication 3-50, p. 1-6.

²⁴ The HoM is responsible for developing the mission plan, in theatre, with the core elements of his planning staff both military and civilian. Joint Warfare Publication 3-50, p. 1-9.

²⁵ Joint Warfare Publication 3-50, p. 1-7. The DPKO is the operational arm of the Secretary General and is responsible for the planning, preparation, conduct and direction of all UN PSOs. It is headed by an Under Secretary General and is based in New York.

²⁶ www.usawc/parameters/99autumn/mcclure (1.09.2012), R. McClure, M. Orlov II, *Is the UN Peacekeeping Role in Eclipse?*, US Army War College Quarterly, Autumn 1999.

transformed, post Somalia and Rwanda, and its image should be balanced with the more successful operations in Liberia and Cambodia.

In reality, most officers were supplied by the more developed nations which could afford to supply gratis staff. This meant the marginalisation of the Third World nations which felt underrepresented and, in 1997, a General Assembly resolution proposed to phase out gratis military officers. By February 1999, all gratis officers were replaced by UN hired replacements. However, the transition was poorly co-ordinated and there was little continuity in experience or expertise. Subsequently, the UN does not currently have the political-military structure necessary to conduct complex PSOs. For the future of PSOs, the DPKO must be revitalised and become an effective body able to plan, manage, execute and sustain PSOs.

The essential components of a UN force would be Military Advisory Staff to the Security Council at the Political/Grand Strategic level; a coherent command and control structure from the Secretariat to operational commanders; and the formation and development of a UN military force. The UN can now expect to be involved in military operations ranging from provision of humanitarian aid, as witnessed in Bosnia and Somalia, to regional conflicts, as seen in the Gulf War. The latest humanitarian interventions in Kosovo and East Timor have pressurised the UN to become involved in intra-state peace making and there is, therefore, understandable concern about problems affecting the authorisation, planning and conduct of PSOs by the military. Frequently, Security Council mandates have not been sufficiently clear regarding political objectives in order for the military to derive their objectives – with Somalia and Bosnia being cases in point. Additionally, the Security Council has too often altered objectives in the course of operations, which results in the ‘mission creep’. This falls short of the master principle of war, i.e. the maintenance of the aim, and was the downfall of the UN mission in Somalia, which changed from provision of humanitarian aid to the Somalis into the pursuit and prosecution of General Aidid.

The difficulty would be to get agreements from all the members of the Security Council, who may have conflicting interests, on the specifics of a mandate or a declared end state. For example, in the Gulf War, in 1991, as a result of a clear breach of a neighbouring country’s border

and occupation of its territory, there was the unambiguous mandate to expel Iraq from Kuwait. As a consequence, forming the coalition to provide necessary resources was easy. The end state was achievable and clearly defined, and the military understood it, contrary to those politicians who wished to pursue Iraq's army all the way to Baghdad. In contrast, intra-state conflicts make formation of an agreeable mandate by the Security Council more difficult, because any intervention would be impartial to either side involved in the violence. Inevitably, the member states have differing views and formulate their policies accordingly. That was why NATO took unilateral action in Kosovo rather than seeking the Security Council's approval, which was likely to be vetoed by either Russia or China²⁷.

In summary, Article 47 of the UN Charter calls for the establishment of 'a Military Staff Committee, comprising the Chiefs of Staff of the permanent members of the Security Council, 'to advise and assist' on all matters relating to the Security Council's military requirements to maintain international order. In practice, the Military Staff Committee does not fulfil its role as envisaged by the Charter and exerts no influence on the conduct of military operations²⁸. The concept of using the Military Staff Committee should be scrapped. Instead, the DPKO should be strengthened to provide the Security Council with qualified military advice.

4. Information/intelligence

Information and intelligence are vital elements in peace support operations. Although the UN has begun to examine the requirements for collection and analysis capability, the financial crisis within the organisation precludes any significant progress. The present facilities are considered to be inadequate, as demonstrated in Somalia. Securing arrangements with the member states to provide intelligence may

²⁷ J. Pawłowski, A. Ciupiński, *op. cit.*, p. 33.

²⁸ Joint Warfare Publication 3-50, p. 1-6. Article 47 of the UN Charter calls for the establishment of 'a Military Staff Committee to advise and assist the Security Council on all questions relating to the Security Council's military requirements for the maintenance of international peace and security, the employment and command of forces at its disposal, the regulation of armaments, and possible disarmament'.

be an option, although it may prove difficult because many states are likely to be reluctant to share such information with other nations. However, UNSCOM was successful in leasing a U-2 high-altitude surveillance aircraft from the US to monitor Iraq's capabilities for developing weapons of mass destruction²⁹. Additionally, the UN has been reluctant to establish an active intelligence system because it might prejudice its position as an impartial actor. Yet, at the same time, the UN has to recognise that without the system, it cannot enter the higher end of the PSO spectrum where it may be engaged in a conflict where a cease-fire does not exist and violence may come from any source. At the strategic level, the UN needs to collate and analyse intelligence to study the political, sociological and economic infrastructure of a region, to determine the scale of an operation and its likely success. At the operational and tactical level, a commander will need information to determine where and how he should conduct his operation, while not inflaming a conflict, or attracting the scrutiny of the media. Based on the American intelligence network, the misguided pursuit of General Aidid in Somalia did much damage to the credibility of the UN operation and also called into question the ability of the UN to retain control of military activities³⁰. The UN needs to provide Force Commanders with considered political analyses based on accurate and up-to-date information about a theatre of operation.

The UN Headquarters needs the ability to react flexibly and dynamically to meet the demands of PSOs. The UN requires the ability to plan and direct PSOs at the strategic level. In order to do this, the UN must be able to identify possible areas of conflict by collating and analysing accurate and timely intelligence. Therefore, planning staff would need to be established consisting of military and civilian personnel who would work according to an agreed doctrine and would be able to provide the necessary core of the UN strategic planning capabilities at its headquarters. It would hold the responsibility for the initial development of an operational plan until a Force Commander was appointed. If the DPKO became a credible body, it could carry out the function.

²⁹ M. Berdal, *op. cit.*, p. 66.

³⁰ R. Smith, *The Requirement for the United Nations to Develop an Internationally Recognised Doctrine for the Use of Force in Intra-state Conflict*, Strategic and Combat Studies Institute, no. 10, 1994, p. 39.

5. Logistics/communications

The UN Secretariat has at times underestimated the force or logistic needs required to support military operations, and planning trailed operations instead of leading them. Seldom have UN field operations been able to achieve the unity of effort or co-operation among contributing countries. This stems from confused and complex command and control organisations, and the varied interests of the component countries. UN operations are notoriously slow to deploy, because they suffer from the lack of detailed, reliable and timely intelligence, and from the intransigence of participating governments. Once under way, some UN missions, especially the larger and more complex ones, suffer from inflexibility or the inability to react to changing conditions.

The elements of armed forces are an integral, and often the most visible part, of any PSO organisation. They possess an abundance of resources that are most needed during a crisis, i.e. transport, fuel, communications, shelter, food, medical facilities or expertise. Armed forces are relatively self-sufficient, generally requiring only minimal host nation support to sustain operations and can mobilise rapidly and flexibly to a crisis. Governments, civil agencies and NGOs realise that the military has the requisite knowledge and capabilities to assist in humanitarian disasters, and it is viewed as a valuable commodity in this role. The UN requires a more effective operational capacity for humanitarian interventions in complex emergencies. While armed forces should not consider themselves to be a relief agency, many situations will inevitably require their assistance and resources. How military force should be used and where it should come from needs to be ascertained before any UN peace support operation is undertaken. In the main, only developed nations possess the overall capacity and ability to deploy these critical resources in support of PSOs.

Technically, the ideal command and control arrangement would be in an integrated and inter-operable system that ensures optimal performance in terms of availability and reliability. While it is UN practice to use secure communications between its field headquarters and New York, the UN is reliant on insecure communications in theatre. Where fighting is extensive and UN forces wish to pass information in the field, the absence of secure communications seriously endangers

the safety of the personnel. Heavily reliant upon INMARSAT, a commercial satellite network that provides world-wide mobile communications, UN operations in Angola and Somalia proved expensive and unreliable. The biggest constraint on communications is the widening range of countries from which contingents are drawn. Each country invariably procures its equipment with little attention paid to interoperability with other nations. Apart from incompatibilities in communications equipment, the diversity of languages is most difficult to overcome. The UNTAC mission in Cambodia suffered from major communications problems because several battalions arrived with little knowledge of either French or English³¹. In contrast, the shared military language, doctrine, and interoperability among the NATO troops and staff in Bosnia and Kosovo demonstrated the advantages of common procedures and standardisation of equipment.

6. Provision of forces

Following the Cold War collapse and in the wake of the publishing of Boutros-Ghali's 'An Agenda for Peace', there has been growing support for a UN Army or UN Standing Forces. A multinational standing force under the direct control of the UN would help to avoid accusations of elitism and hijacking the UN by Western nations. Boutros-Ghali argued that, to strengthen the its profile in international affairs and its ability to resolve world conflicts, the UN would require a military force to maintain international peace and security. His proposal was that each member state should donate troops for PSOs, which would come under the direct control of the Secretary General, and any mission would be conducted under the authority of the Security Council. This vision appeals to the international community, but is also rife with complications. The pursuit of global collective security is likely to entangle some member states in costly operations that do not serve their national interests. After encountering violent resistance in Somalia, the US has been reluctant to become embroiled in other humanitarian interventions that might result in serious military confrontations, and scaled back the willingness to get involved, directly or indirectly, in

³¹ M. Berdal, *op. cit.*, p. 41.

restoring peace and normality unless there is a vested national interest at stake. Inevitably, member states will view events differently and formulate their policies accordingly. As PSOs shift from peacekeeping missions to peace enforcement, the likelihood of facing determined opposition and incurring casualties increases. Which troops are going to be willing to die for a cause which, possibly, does not further their nation's interest? The heterogeneous interests of the UN member states could be its undoing when considering a Standing Force. In Somalia, in 1993, there was the well-publicised case of the Italian contingent commander committing 'insubordination' when he defied the orders of the Turkish Force Commander. Similarly, Indonesian forces in Cambodia were more likely to take their orders directly from the Indonesian ambassador in Phnom Penh rather than from UNTAC's Force Commander³².

Dag Hammarskjöld, the former Secretary General, was quoted as saying, 'peacekeeping is not a soldier's job, but only a soldier can do it'³³. The creation of a permanent force or 'UN Legion' assigned to the UN under the authority of the Security Council has been considered extensively by academics and the UN. It has been proposed that, specially trained for peacekeeping operations, it would act as an integrated force and serve as a nucleus around which a larger, more complex force could be constituted. The selection of a force should not be a numbers game, but rather one of matching forces to courses of action, with the selection done by military professionals. Otherwise, there is a possibility that the UN troops will become a part of the problem as happened in the Congo³⁴. It is argued that a standing force would not suffer from the unity of command problems endemic to the current operations, and would give the Secretary General a rapid reaction capability for emergencies that will fall short of peace enforcement but beyond the scope of traditional peacekeeping³⁵. The costs involved to keep the force equipped, trained and logistically sustained would be enormous. The political will to support such a venture would be weak with defence budgets generally shrinking. Also, political backing for

³² *Ibidem*, p. 42.

³³ T. Weiss, *op. cit.*, p. 139.

³⁴ R. Connaughton, *Peacekeeping and Military Intervention*, Strategic and Combat Studies Institute, no. 3, 1992, p. 39.

³⁵ M. Berdal, *op. cit.*, p. 63.

the concept of the standing force would be questionable, especially if a government has no influence with regard to the circumstances under which the force should be deployed, and its role.

The ability to deploy rapidly would be dependent upon the complex relationship between the people and their state which allows for the mobilisation and employment of its military forces in a hazardous cause. The political character of the 188-member multinational organisation restricts the UN's military capabilities, whether they are engaged in a small observation mission or a large-scale enforcement mission. The reluctance of some member states to accept the risk to their armed forces in enforcement operations would delay the deployment and disrupt the composition of the standing force. Even relatively small unexpected losses can cause a dramatic public reaction damaging the UN's image. Any commitment by the UN to engage in peace enforcement means that the Security Council must be prepared to supply the necessary forces, i.e. substantial, adequately armed units backed with considerable finances to sustain an operation. Such commitment is most unlikely to be welcomed by the member states, and anything less is likely to lead to failure and the loss of confidence within the organisation.

A method for ensuring rapid reaction capability, but leaving the forces under national command, would be to develop a stand-by force which could be deployed at short notice. Such forces could be at a pre-determined notice moved and utilised as a whole or in parts. These force structures would be built from discrete units ranging from infantry battalions to support services, such as medical companies, and can be tailored to meet all the requirements of a given mandate. The DPKO would determine the size and structure of the UN force, and call upon the member states to provide the necessary troops or services. The responsibility for the training of the personnel in peacekeeping duties would remain with the member states, but within the scope of a doctrine subscribed by the UN. The member states also would retain the responsibility for standby resources until the troops physically left their home countries. During their period of secondment to the UN, the troops would remain in their national service, but would come under the operational command of the United Nations.

The member states have been reluctant to agree to this proposal. In the aftermath of the failed mission in Somalia, the United States, in

accordance with PDD 25, has been most reluctant to commit its troops to UN-led PSOs. There is some latitude for some units, e.g. logistics or intelligence gathering, nominated without the responsibility to mobilise combat troops. However, the disadvantage would be that, given the time for government decisions, delays would occur that might permit a disaster to unfold. When the UN needed 5 500 soldiers for its operation in Rwanda in 1994, the 19 governments which had pledged the provision of 31 000 troops for future UN peacekeeping operations all declined to participate³⁶. Rwanda showed the limits facing the UN when the member states are reluctant to commit themselves to dealing with violent and confused internal conflicts in which no legitimate authority structure exists. In the wake of the failure in Rwanda, the UN has developed the Stand-by Arrangement System, a database of resources available to the UN at short notice – it has yet to prove itself.

The notion of a permanent 'UN Legion' and the Stand-by Arrangement remain fanciful future with the member states' national interest taking priority over international peace and security. However, the member states might be pressurised into disregarding their national interests, and put their own economic opportunities or foreign relations at risk, in order to protect the UN's cohesion or military capability. The lack of a UN standing army and standardised rapid reaction capabilities impede the UN's ability to deploy personnel on time. However, the NATO's response to the crisis in Kosovo, and the International Force East Timor (INTERFET)³⁷ have renewed the argument for the UN to play a more active role in peace support operations beyond peacekeeping. In 'An Agenda for Peace', the Secretary General urged the member states to re-examine the possible role of 'regional arrangements and agencies', stressing the fact that regional initiatives would lighten the burden borne by the UN. Regional organisations would have intimate knowledge of local conditions and could provide expert opinion on conflicts' background. Nonetheless, there are significant limitations to the contribution the regional organisations can make to UN PSOs. The delegation of the UN's international authority

³⁶ S. Taroor, *Should the UN Peacekeeping Go 'Back to Basics'?*, „Survival” 1995–1996, Vol. 37, No. 4.

³⁷ INTERFET was the Australian Government initiative to re-install law and order to East Timor after the failure of UNAMET. The Australian force led the insertion of Multinational forces into East Timor. www.peacekeepers.asn.au/operations/INTERFET (1.09.2012).

to other actors is at variance with the ethos of the Charter and may undermine the credibility of the UN. The clumsy 'dual key' arrangement in Bosnia, whereby UNPROFOR could call upon NATO forces to provide air power was slow and cumbersome in practice.

Currently, the UN is unable to conduct coercive PSOs, because it does not have a military command structure or a rapid enough decision making cycle to maintain the tempo to conduct these type of operations. The organisation has therefore tended to delegate such operations to ad hoc coalitions or regional alliances for enforcement operations. Beyond NATO, there is no other military alliance capable of conducting the entire range of peacekeeping operations. The peacekeeping force despatched by the Organisation of African Unity to Chad in 1981 took nearly a year to organise, and once deployed, it suffered from acute shortages of military expertise, logistics, and financial support³⁸. Although mandated by the UN, INTERFET is not a blue beret force. It is a multinational force authorised to enforce the UN resolution, which has shown that an *ad hoc* coalition can successfully intervene in a low-scale conflict.

Another limitation is the perception that regional powers should act impartially when operating under a UN mandate. Since its arrival in Liberia in 1990, however, the ECOMOG, a West African peace force, has been seen by neighbouring countries as an instrument for promoting Nigeria's regional interests³⁹.

The recent action in Kosovo by NATO without the UN mandate clearly weakens the credibility of this statement. Additionally, the use of regional alliances to act on behalf of the UN and the Security Council resolutions could create a risk of undermining international support to use force as a last resort⁴⁰.

In 1992, NATO agreed to support international peacekeeping by making its resources available on a case-by-case basis, at the specific request of the Conference on Security and Co-operation in Europe (now the Organisation for the Security and Co-operation in Europe). In a bid to reassert itself after the Cold War, NATO expanded its activities into peacekeeping, with its aforementioned involvement in Bosnia, by conducting air strikes against Bosnian Serb artillery under

³⁸ M. Berdal, *op. cit.*, p. 68.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ A. Roberts, *op. cit.*, p. 108.

the 'dual key' arrangement⁴¹. Further problems of agreeing clear command and control between NATO and the UN were evident when the Secretary General indicated that he had been forced 'to seek the help of the contributing Governments in ensuring that all concerned recognise that the new units [i.e. NATO] are an integral part of UNPROFOR, under overall command of the Force Commander, and that newly arrived troops wearing United Nations insignia pass under United Nations command as soon as they reach the mission area'⁴². The UN was criticised for its reluctance to use NATO, but there was a fine divide between peacekeeping and enforcement. General Rose, the UNPROFOR commander, noted that bombing was a last resort, and that attacking one tank could be regarded as peacekeeping but attacking a belligerent's infrastructure, such as command and control, was war, 'and I am not going to a war in white painted tanks'⁴³.

Although it had limitations in practice, the NATO organisation could serve as a model for other joint and multinational alliances. NATO has expertise in the areas most needed by the UN: command and control structure, common doctrine, logistics, communications and medical resources.

A more promising alternative would be for the UN to deploy troops into an area before a crisis escalates into conflict. An example is the preventive deployment of UN troops to the Former Yugoslav Republic of Macedonia (FYROM). However, a prerequisite would be for the UN to be provided with rapidly deployable troops. The newly revitalised 'Stand-by Arrangement' might be the solution.

Conclusion

Since the end of the Cold War, the emphasis for the UN's role in peace support operations has shifted from peacekeeping to peace enforcement. The traditional role of peacekeeping has been largely successful and resulted in the blue helmets in their white-painted vehicles being awarded the Nobel Peace Prize. However, if the UN is to serve

⁴¹ M. Berdal, *op. cit.*, p. 70.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cohen R, *UN General Opposes More Bosnia Force*, New York Times, 29 September 1994.

as a credible instrument in maintaining world peace and security, it needs political will, finances and military resources to intervene in intra-state conflicts. Although the UN was successful in its enforcement operations in the Gulf War and, subsequently, in northern Iraq, its limiting mandates for operations in Somalia, which failed, and ongoing operations in Bosnia, reversed the initial optimism among the international community. There must be a clear and distinct partition between peacekeeping and peace enforcement missions in order that the UN maintains its impartiality in the former type of operation. There has also been a parallel increase and subsequent decline, in the UN organisation's ability to plan and conduct operations with the Department for Peacekeeping Operations.

Clearly, the military possesses the requisite knowledge and capabilities to assist in resolving conflicts. Additionally, the military has the ability to help in the rebuilding process with NGOs and other agencies when a conflict is over. However, the UN still does not have the capability to intervene militarily in intra-state conflicts. Although some will point to the success of INTERFET in East Timor, it was a small-scale effort and had the acceptance of Indonesia. In order to be credible, the UN needs to develop a common doctrine, specifically for intra-state conflicts, which must be fully transparent to all the member states. Command and control needs to be unambiguous and with coherent political objectives that can be translated into clear end states to enable defining explicit military objectives. Arrangements for defeating a capable enemy will require substantial unity of command and control, and a significant level of interoperability in tactics and equipment, especially communications. Achieving all of this would mean unheard-of levels of military co-operation and is difficult for governments to contemplate outside an alliance context. The suggestion of a UN 'Standing Army' is currently unfeasible because the member states do not have either the political will or finances to establish such a force. The 'Stand-by Arrangement' was ineffective in Rwanda, but there is a new resolve to make this work; however, to date, it remains untested.

The theory of UN peace enforcement operations remains a desirable ambition rather than what is currently politically or practically possible. This has generated expectations that cannot be met and has undermined the credibility and authority of the UN. The unilateral action

taken by NATO in Kosovo which, for good reasons, did not even seek authorisation from the Security Council, only served to underline this concern. Regional organisations should be encouraged to take a greater role in peace enforcement in their own areas. Whether this should be conducted under a UN mandate or resolution is questionable. If the UN is to assume a greater role in complex emergencies, it must revitalise and strengthen the DPKO, and delegate more decision-making to the Head of Mission. The HoM would have an overarching responsibility for operations, and the Force Commander should have control of all the military resources assigned to him along with the lines of communication to NGOs. The member states remain reluctant to allow their troops to serve under UN command when undertaking peace enforcement operations. The lack of military infrastructure, no unity of command, and concerns among troop-contributing nations about the safety of the personnel involved in intra-state conflicts mean that there is still no political will to support UN peace enforcement missions in the foreseeable future.

In January 2000, there were calls from African leaders on all sides of the war in the Democratic Republic of the Congo for the United Nations to send in troops. Although the Secretary General, Kofi Annan, proposed the deployment of 5000 troops (MONUC) to protect 500 unarmed UN military observers, only 79 have so far been deployed. Although 88 countries have declared their willingness to contribute troops to the Stand-by Arrangement, only 32 member states have signed the Memorandum of Understanding still being able to provide a total force of 150 000 personnel⁴⁴. Perhaps in realising its current limitations, the UN Secretary General said that MONUC would only be deployed to the Democratic Republic of the Congo under Chapter VII of the UN Charter when it was safe to monitor a cease-fire⁴⁵ rather than ambitiously seek to resolve the conflict by force.

The UN is unwilling to compromise its neutrality in conflict and for this and the above reasons, it is reliant upon regional alliances and coalitions to intervene on its behalf. The UN could take the initiative, as in FYROM, and pursue the preventive deployment option. Initially, it would probably have to deploy in strength and de-escalate the

⁴⁴ www.un.org/Depts/DPKO, accessed (02.03.2012).

⁴⁵ *Ibidem*.

conflict as the mission progressed rather than being forced to resort to 'mission creep'. This would be reliant upon accurate and timely intelligence keeping the Secretary General fully informed of potential situations which could lead to internal strife. This would require intelligence gathering and distribution to be more open and equitable. Early consideration should be given by the UN to use rapidly deployable and sustainable forces to forestall a conflict before hostilities occur. In order to act as a meaningful deterrent, the forces, however, would need military credibility both in size and nature.

Any plan to empower the UN to intervene militarily in future conflicts must be long-term and have political and financial backing from all the member states if the organisation is to respond rapidly and effectively.

GRUPY ZBROJNE W MIĘDZYNARODOWYM PRAWIE HUMANITARNYM

ARMED GROUPS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

In view of the increasing number of non-international armed conflicts, violations of international humanitarian law seem to be a challenge for the international community. In such conflicts, the role of non-state actors is significant. This article aims to analyse the legal status of armed groups in order to identify the obstacles to binding them by IHL. The paper discusses the state-centric perspective of IHL and its consequences to making the armed groups comply with IHL. In conclusion, the paper attempts to present the solutions for the problems recognised.

key words: armed group, non-international armed conflict, non-state actors

Wstęp

Od zakończenia II wojny światowej większość konfliktów zbrojnych stanowiły konflikty niemiędzynarodowe, lecz część z nich – na skutek zewnętrznej interwencji czy działań podejmowanych przez strony – umiędzynarodowiła się¹. Niezależnie od przebiegu powszechne

¹ J. Stewart, *Fragmented Armed Conflicts: „Internationalized” Internal Armed Conflicts and „Internalized” International Armed Conflicts*, „Proceedings of the Bruges Collegium. Armed Conflicts and Parties to Armed Conflicts under IHL: confronting legal categories to contemporary realities” 2010, nr 40, s. 51.

występowanie² takich konfliktów i ich praktyka rażąco naruszająca standardy ochrony osób niebiorących w nich udziału³ stanowią istotny problem dla społeczności międzynarodowej. Celem tego artykułu jest odniesienie się do problemu niskiego poziomu stosowania norm MPH w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych poprzez analizę statusu grup zbrojnych będących ich stronami. Krytyczna analiza obowiązującego prawa pomoże sformułować *de lege ferenda* propozycje zmian mechanizmów prawnych.

1. Identyfikacja problemu

Termin „konflikt zbrojny niemający charakteru międzynarodowego” pojawił się wraz z art. 3 wspólnym dla czterech konwencji genewskich z 1949 r.⁴ Termin ten jest również w II Protokole dodatkowym z 1977 r.⁵ dotyczącym ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych oraz w art. 8 ust. 2 pkt d i f Rzymskiego Statutu MTK⁶. Mimo że jedynie PD II zawiera definicję niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, a w przypadku obu pozostałych traktatów taką definicję tworzy doktryna bądź orzecznictwo, należy stwierdzić, iż niezależnie od progu stosowalności norm danego traktatu istnienie niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego wymaga, by co najmniej jedną jego stroną była zorganizowana grupa zbrojna⁷.

² *Report of the Secretary-General to the Security Council on the Protection of Civilians in Armed Conflict 2009* [w:] M. Sassòli, A. A. Bouvier, A. Quintin [red.], *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, par. 38.

³ Przeprowadzanie ataków na ludność cywilną, branie zakładników czy inne działania naruszające normy MPH coraz częściej nie są tylko przypadkowymi wydarzeniami, ale elementem strategii wynikającej z asymetryczności takich konfliktów. Zob. R. Geiß, *Asymmetric Conflict Structures*, „IroRC” 2006, tom 88, nr 864, s. 758.

⁴ Konwencje o ochronie praw ofiar wojny podpisane w Genewie 12.08.1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38 poz. 171).

⁵ Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175, zał.

⁶ Dz.U. z 2003 r. Nr 78 poz. 708.

⁷ Zob. M. E. O’Connell, *Saving Lives Through a Definition of International Armed Conflict*, „Proceedings of the Bruges Collegium. Armed Conflicts...”, dz. cyt., s. 22–25.

Grupy zbrojne są niepaństwowymi podmiotami, a będąc stroną konfliktu, nabywają określone obowiązki wynikające z MPH. Pozostaje to jednak bez wpływu na ich sytuację prawną, co wyraźnie podkreślono w art. 3 ust. 3 wspólnym dla konwencji genewskich z 1949 r. Oznacza to przede wszystkim odmowę przyznania statusu podmiotu prawa międzynarodowego, nie może jednak równać się odebraniu podmiotowości w międzynarodowym prawie humanitarnym. Podstawowym juretrycznym argumentem na rzecz podmiotowości w MPH są prawa i obowiązki nakładane na grupy zbrojne przez wymienione powyżej regulacje, zwłaszcza art. 3 konwencji genewskich, mówiący wprost o obowiązkach stron konfliktu. Dowodzą tego również zawierane między grupami wojskowymi lub grupą a państwem *special agreements*, niekiedy również z pomocą MKCK, w których obie strony deklarują stosowanie norm międzynarodowego prawa humanitarnego podczas konfliktu⁸.

Mamy więc do czynienia z sytuacją, w której brak jest juretrycznych wątpliwości co do podmiotowości grup wojskowych w MPH podczas niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, a jednocześnie poważnym problemem jest niski poziom stosowania tego prawa. W mojej ocenie można zidentyfikować i opisać poniższe trwale występujące w MPH przyczyny takiego stanu rzeczy: państwowocentryczny charakter prawa, następczy charakter kontroli przestrzegania norm, brak udziału podmiotów niepaństwowych w tworzeniu obowiązującego je prawa oraz brak interesu grup wojskowych w przestrzeganiu norm MPH.

Nie oznacza to jednak, że przyczyna niskiego standardu stosowności norm wynika wyłącznie z MPH. Gdy prawo jest łamane ponad wszelką wątpliwość, znaczną część odpowiedzialności należy przypisać tym, którzy je naruszają, a więc w tym przypadku grupom zbrojnym. Żaden opis trudności, które grupy te napotykają w stosowaniu MPH, nie wyłącza ich odpowiedzialności za ewentualne naruszenia. Jednakże dostrzeżenie prawnych uwarunkowań problemu może przyczynić się do podjęcia próby zmiany panującej sytuacji, zmiany dokonywanej nie w interesie grup wojskowych, ale w celu ochrony cywilnych ofiar wojen domowych.

⁸ *Report of the Secretary-General...*, dz. cyt., par. 41. Umowy specjalne zawierano w Kolumbii, Liberii, Sudanie i byłej Jugosławii.

2. Przyczyny ograniczonego stosowania międzynarodowego prawa humanitarnego

Państwocentryczny charakter prawa

Grupy zbrojne mają obowiązek stosować prawo traktatowe, którego nie ratyfikowały i w tworzeniu którego nie miały, i nie mogą mieć, żadnego udziału. W związku z tym pojawia się pytanie: na jakiej podstawie podmiot znajdujący się w powyższej sytuacji jest związany prawem? W doktrynie formułuje się następujące stanowisko: ponieważ państwo przyjęło na siebie prawa i obowiązki wynikające z norm MPH – a przez państwo rozumie się nie tylko rząd, ale również całą populację – to zarówno jednostki, jak i grupy są związane tymi normami jako elementy państwa⁹. To rozwiązanie prowadzi do sytuacji, w której od grupy nieuznającej bądź kontestującej legitymizację rządu oczekuje się, że będzie przestrzegała jego prawnomiędzynarodowych zobowiązań. W praktyce takie ujęcie problemu jest niesatysfakcjonujące¹⁰ i stanowi potwierdzenie utrzymywania się państwocentrycznej perspektywy w MPH. Piszę o tym nie bez przyczyny: art. 3 konwencji genewskich stanowił odejście od właściwej tradycyjnemu prawu międzynarodowemu zasady niestosowania prawa międzynarodowego do sytuacji wewnętrznej. Przed 1949 r., wobec sytuacji dziś określanych mianem niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego, państwa kierując się logiką własnych interesów, mogły, choć nie musiały, uznać grupę występującą przeciwko legalnemu rządowi za partyzantów bądź przyjąć stan wojny¹¹. Wraz z wyborem którejkolwiek z tych dwóch możliwości konflikt umiędzynaradawiał się, gdyż jego niepaństwowa strona zyskiwała ograniczoną podmiotowość prawnomiędzynarodową. Wprowadzenie art. 3 konwencji genewskich, a więc normy sytuującej minimalne prawa stosowane w konfliktach zbrojnych niemających międzynarodowego charakteru, oraz użycie w konwencjach genewskich z 1949 r.

⁹ E. David, *Le droit international humanitaire et les acteurs non étatiques*, „Proceedings of the Bruges Colloquium. Relevance of International Humanitarian Law to Non-State Actors” 2003, Collegium nr 27, s. 35–36.

¹⁰ J.-M. Henckaerts, *Binding Armed Opposition Groups through Humanitarian Treaty Law and Customary Law*, „Proceedings of the Bruges Colloquium. Relevance of...”, dz. cyt., s. 126.

¹¹ A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge 2010, s. 14–18.

sformułowania „konflikt zbrojny”, a nie „wojna”, pozwoliło uznać, że istnieje obowiązek stosowania prawa genewskiego niezależnie od woli państwa włączonego w konflikt¹², o ile dane państwo wcześniej ratyfikowało którąś z konwencji genewskich z 1949 r. Było to więc poważne odejście od zasad tradycyjnego prawa międzynarodowego, nieprzekreślające jednak w całości jego państwowocentrycznej perspektywy. Jednakże już *ratio legis* art. 3 konwencji genewskich wskazuje na kierunek dalszego rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego: ochronę ludności niebiorącej udziału w konflikcie możliwie niezależnie od woli podmiotów biorących w nim udział.

W doktrynie¹³ przyjmuje się, że grupy zbrojne związane są prawem zwyczajowym, które Statut MTS określa jako dowód istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo¹⁴. Definicję tę Trybunał rozwinął w sprawie dotyczącej szelfu kontynentalnego, stwierdzając: „jest rzeczą oczywistą, że treści międzynarodowego prawa zwyczajowego należy poszukiwać przede wszystkim we właściwej praktyce oraz *opinio iuris* państw”¹⁵. Trud identyfikacji norm prawa zwyczajowego stosowanego w konfliktach zbrojnych podjął MKCK, publikując pracę pt. *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad dotyczących konfliktu zbrojnego*¹⁶, w której eksperci na ogólną liczbę 161 norm zwyczajowych uznali, że 149 ma zastosowanie do konfliktów niemiędzynarodowych. Prowadzi to jednak do sytuacji, w której zobowiązując grupy zbrojne do przestrzegania norm stworzonych przez praktyki państw, nakłada się na nie również takie obowiązki, które są niemożliwe do wykonania bądź też ich spełnienie narusza inne normy.

¹² Szerzej: Tamże, s. 27–29.

¹³ Zob. J. Sommer, *Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-International Armed Conflict*, „IRoRC” 2007, tom 89, nr 867; M. Sassoli, *Taking Armed Groups Seriously: Ways to Improve Their Compliance with International Humanitarian Law*, „Journal of International Humanitarian Legal Studies” 2010, vol. 1.

¹⁴ Art. 38 ust. 1 pkt B, Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (Dz.U. z 1947 r. Nr 23 poz. 90 z późn. zm.).

¹⁵ MTS, sprawa szelfu kontynentalnego (*Libia v. Malta*), wyrok z dnia 3.06.1985 r., ICJ Reports 1985, s. 29–30, par. 27.

¹⁶ J.-M. Henckaerts, *Studium poświęcone zwyczajowemu międzynarodowemu prawu humanitarnemu: wkład w zrozumienie i poszanowanie zasad dotyczących konfliktu zbrojnego*, tłum. M. Sajkowski, Warszawa 2006, Polski Czerwony Krzyż.

Przykładem takiego przepisu jest zasada 99, zgodnie z którą „zabronione jest arbitralne pozbawienie wolności”¹⁷. Proceduralnym elementem normy konstytuowanej przez tę zasadę jest między innymi „obowiązek zapewnienia osobie pozbawionej wolności możliwości zakwestionowania legalności pozbawienia wolności”¹⁸. M. Sassoli odnosząc się do tej zasady, pyta: „Czy MKCK ma świadomość, że to wymaga od grup wojskowych ustanowienia i instytucjonalizacji zasady *habeas corpus* lub znaczy, że nie będą mogły nigdy uwięzić kogokolwiek, nawet rządowych żołnierzy?”¹⁹.

M. Sassoli podnosi uzasadnione wątpliwości, państwo jest bowiem w stanie zapewnić podstawę prawną dla pozbawienia wolności uczestnika konfliktu i dostęp do sądu, jak jednak miałyby to uczynić niepaństwowy podmiot? Ponadto strony konfliktu internują żołnierzy przeciwnika, by uniemożliwić im dalszy udział w walce, a więc alternatywą jest albo wypuszczenie złapanych żołnierzy, albo ich zabicie. Pierwsze jest nierealistyczne, bo wzmacnia siłę przeciwnika, a drugie jest zbrodnią wojenną.

Inną zasadą, której stosowanie przez grupy zbrojne może prowadzić do naruszenia prawa, jest zasada 100: „Nikogo nie można uznawać winnym oraz skazywać bez uprzedniego procesu przeprowadzonego z zachowaniem wszelkich uznanych zasad postępowania sądowego”²⁰. Do uznanych zasad postępowania sądowego zespół opracowujący *Studium...* zaliczył między innymi wymóg, by sprawy sądził prawidłowo ukonstytuowany sąd, bezstronny oraz niezależny od jakiegokolwiek gałęzi rządu²¹. Czy grupy zbrojne sprawujące kontrolę *de facto* nad częścią terytorium są w stanie zapewnić istnienie sądów, które nie byłyby sądami doraźnymi czy wojskowymi? S. Sivakumaran podaje przykłady grup wojskowych, między innymi *Liberation Tigers of Tamil Eelam* of *Sri Lanka* czy *Revolutionary United Front of Sierra Leone*, które jako jedne z nielicznych powołały własne sądy, co spotkało się z krytyką, że nie dają one wystarczających gwarancji sprawiedliwego procesu²².

¹⁷ Tamże, s. 40.

¹⁸ J.-M. Henckaerts [red.], *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge 2005, s. 350.

¹⁹ M. Sassoli, dz. cyt., s. 13.

²⁰ J.-M. Henckaerts, *Studium...*, dz. cyt., s. 40.

²¹ Tenże [red.], *Customary...*, dz. cyt., s. 354–359.

²² S. Sivakumaran, *Courts of Armed Opposition Groups Fair Trials or Summary Justice?*, „Journal of International Criminal Justice” 2009, nr 7, s. 489.

Trzeba jednak pamiętać, że sądownictwo grup wojskowych w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych to ciągle wyjątek. Jest to o tyle ważne, że na stronach konfliktu spoczywa obowiązek zapewnienia stosowania międzynarodowego prawa humanitarnego, czego bez wdrożenia odpowiedniej dyscypliny oraz zgodnie z zasadą 151 ponoszenia odpowiedzialności przez osoby, które popełniły zbrodnie wojenne, nie sposób uczynić. W konsekwencji grupy zbrojne pociągające do odpowiedzialności przed własnymi sądami członków swoich jednostek, którzy nie przestrzegali norm międzynarodowego prawa humanitarnego, same naruszają prawo gwarantujące sprawiedliwy proces. Warto przy tym zaznaczyć, że statuty większości trybunałów karnych uznają łamanie tej zasady za poważne naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego²³, a więc – jeśli przyjąć sformułowanie *Studium...* zgodne z zasadą 156 – za zbrodnię wojenną.

Powyższe przykłady dowodzą, że nie wszystkie spośród norm międzynarodowego prawa humanitarnego mogą być stosowane przez grupy zbrojne występujące w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych. W istocie jest to konsekwencja przyjęcia państwowej perspektywy w formułowaniu praw i obowiązków nakładanych na strony konfliktu bez uwzględnienia specyfiki niepaństwowych podmiotów.

Następczy charakter kontroli przestrzegania norm prawa humanitarnego

W przypadku odpowiedzialności za naruszenie norm MPH i szerzej – odpowiedzialności wynikającej z międzynarodowego prawa karnego grupy zbrojne nie są podmiotami ją ponoszącymi. Jak dotąd w żadnej sprawie zawisłej przed MTK czy innymi trybunałami karnymi ani jedna grupa wojskowa nie została oskarżona, ponieważ odpowiedzialność ponoszą członkowie tych grup lub osoby działające jako dowódcy wojskowi. Kwestia odpowiedzialności grup wojskowych

²³ Zob. art. 4 pkt g Statutu MTKR, www.pck.org.pl/pliki/mph/1994_nowy_jork_-_mtkr.pdf (dostęp: 20.02.2012). Naruszenia art. 3 wspólnego dla konwencji genewskich [...]. Takie naruszenia obejmują między innymi (g) skazywanie i wykonywanie egzekucji bez uprzedniego wyroku wydanego przez sąd należycie ukonstytuowany i dający wszelkie gwarancje procesowe uznane za niezbędne przez narody cywilizowane.

w międzynarodowych konfliktach zbrojnych po raz pierwszy była rozpatrywana przez MTKJ oraz MTKR. Statut Trybunału rwandyjskiego w art. 4, Rzymski Statut MTK w art. 8 ust. 2 pkt c oraz e czy Statut Specjalnego Trybunału Karnego ds. Sierra Leone w art. 4 za zbrodnie wojenne uznają zarówno naruszenia art. 3 konwencji genewskich, jak i innych praw i zwyczajów mających swoje źródło w MPH w sytuacji międzynarodowych konfliktów zbrojnych.

System międzynarodowej odpowiedzialności karnej, wraz z odpowiedzialnością za zbrodnie wojenne przed sądami krajowymi, jest aktualnie głównym mechanizmem kontroli przestrzegania MPH w sytuacji międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Znajduje on zastosowanie przede wszystkim po zakończeniu konfliktu zbrojnego, a więc jest to kontrola następcza. W przypadku długotrwałych konfliktów czy organizacji sprawujących kontrolę *de facto* nad częścią terytorium państwa taki mechanizm kontroli sprawia, że kwestia ponoszenia odpowiedzialności jest odłożona w czasie i zależna od ewentualnego zwycięstwa w walce z siłami rządowymi. Przejęcie władzy spowoduje, że odpowiedzialność według prawa krajowego stanie się fikcyjna, podobnie jak ewentualność oddania sprawców z szeregów zwycięzców pod osąd trybunałom międzynarodowym. W konsekwencji zarówno dla grup wojskowych, jak i dla państw celem bez wątpienia ważniejszym jest sukces w militarnym konflikcie niż uniknięcie odległej w czasie możliwości poniesienia odpowiedzialności karnomiędzynarodowej.

Powyższa argumentacja nie jest wymierzona w sam system odpowiedzialności za zbrodnie wojenne; ma na celu wskazanie, że jego retrospektywny charakter wraz z niepewnością kary i upływem czasu, jaki musi minąć od popełnienia czynu karalnego do momentu poniesienia odpowiedzialności, nie jest wystarczającym mechanizmem kontroli przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego.

Brak udziału niepaństwowych podmiotów w tworzeniu prawa

Czy słuszne jest twierdzenie, zgodnie z którym podmioty kontestujące legalne rządy powinny mieć wpływ na tworzenie prawa międzynarodowego? Czy od podmiotu, którego istnienie zależy od wystąpienia

specyficznej sytuacji, jaką jest niemiędzynarodowy konflikt zbrojny, powinno być zależne prawo, którego istnienie przekracza byt tego podmiotu? Czy podmioty walczące zbrojnie z uznawanymi przez społeczność międzynarodową rządami powinny być zapraszane na konferencje międzynarodowe i mieć wpływ na stosowanie prawa? Powyższe pytania oddają wątpliwości, które napotkać musi twierdzenie, że brak wpływu grup wojskowych na tworzenie MPH jest jedną z przyczyn niskiego poziomu stosowania tego prawa. Twierdzenie to ma podstawę w kilku mocnych przesłankach.

Po pierwsze, stosowanie przez grupy zbrojne niektórych norm międzynarodowego prawa humanitarnego tworzonego przez wolę lub praktykę państw prowadzi co najmniej do niezgodności prakseologicznej, a część obowiązków jest dla tych grup niemożliwa do spełnienia.

Po drugie, przestrzeganie prawa, na którego tworzenie nie ma się wpływu, wydaje się być typową cechą prawa adresowanego do niepaństwowych podmiotów w prawie międzynarodowym. Tyle że w przypadku grup wojskowych zostało to połączone z następczym charakterem kontroli przestrzegania tego prawa. Tym samym prawo to jest respektowane w niewielkim zakresie bądź to z uwagi na brak poczucia odpowiedzialności grup wojskowych za normy, na których tworzenie nie miały one wpływu i które zostały im narzucone z zewnątrz, bądź to ze względu na słabość sankcji. Z uwagi na to, że zdecydowana większość norm MPH koncentruje się na ochronie osób cywilnych, typowa dla prawa międzynarodowego sankcja w postaci „niestosowania dla niestosującego” nie może być użyta.

Po trzecie, zgodnie z Raportem Sekretarza Generalnego ONZ o ochronie cywilów w konfliktach zbrojnych z 2009 r. zarówno doświadczenie ONZ, jak i MKCK podkreśla korzystny wpływ dialogu z grupami wojskowymi na ochronę cywilów²⁴.

Mimo to nadal pozostaje wątpliwość, czy w ogóle możliwe jest włączenie grup wojskowych w proces tworzenia prawa. Jeśli tak, to na podobnej zasadzie co włączenie w taki proces ruchów narodowowyzwoleńczych. Ruchy zaproszono do udziału w *Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* (CDDH), która odbyła się w Genewie między 1974 a 1977 r. i zakończyła się przyjęciem obu protokołów

²⁴ *Report of the Secretary-General...*, dz. cyt., par. 40.

dodatkowych do konwencji genewskich. Jak pisze J.-M. Henckaerts, „CDDH w Rezolucji 3 zdecydowała się zaprosić ruchy narodowowyzwoleńcze (*national liberation movements*), uznane przez regionalne międzyrządowe organizacje zainteresowane pełnym udziałem w obradach konferencji i jej głównego komitetu, na prawach obserwatora”²⁵. W konferencji wzięło udział prawie 12 ruchów, a trzy z nich – *Palestine Liberation Organization*, *The Pan Africanist Congress*, *The South West Africa People’s Organization* – podpisały jej akt końcowy. O tym, że ich udział nie pozostał bez wpływu na prawo, może świadczyć art. 96 ust. 3 PD I, zgodnie z którym „Władza reprezentująca lud będący z Wysoką Umawiającą się Stroną w stanie konfliktu zbrojnego o charakterze określonym w ust. 4 art. 1 może zobowiązać się do stosowania konwencji i niniejszego protokołu w związku z tym konfliktem, kierując jednostronne oświadczenie do depozytariusza”²⁶. Przedstawione racje wskazują na wagę problemu, jakim jest brak wpływu grup wojskowych na tworzenie MPH, oraz na przykład odmiennego potraktowania w latach 70. ruchów narodowowyzwoleńczych.

Brak interesu grup wojskowych w przestrzeganiu norm MPH

W opracowaniach dotyczących prawa konfliktów zbrojnych zwykle wskazuje się na brak statusu kombatanta jako zasadniczą konsekwencję odróżnienia konfliktów zbrojnych: międzynarodowego od międzyrządowego. A. Paulus różnicę upatruje w uprawnieniu do zabijania wynikającym ze statusu kombatanta i państwowej jurysdykcji do ukarania niepaństwowych podmiotów za prowadzenie wojny²⁷. Uprawnienie do zabijania to oczywiście skrótowe ujęcie tego, że brak statusu kombatanta dla członków grup wojskowych oznacza podleganie krajowej odpowiedzialności karnej już za sam udział w konflikcie, a co za tym idzie – również za używanie broni. Druga różnica to brak statusu jeńcy wojennego dla uczestników międzynarodowych konfliktów zbrojnych, zarówno dla członków grup zbrojnych, jak

²⁵ J.-M. Henckaerts, *Binding...*, dz. cyt., s. 127.

²⁶ Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175, zał.

²⁷ A. Paulus, *Non-International Armed Conflict under Common Article 3*, „Proceedings of the Bruges Collegium. Armed conflicts and...”, dz. cyt., s. 31.

i rządowych sił zbrojnych. W efekcie państwa zastrzegły, że nie uznają własnych obywateli wstępujących na drogę walki zbrojnej z rządem za kombatantów, czyli uprawnionych uczestników konfliktu zbrojnego.

W praktyce takie postępowanie doprowadziło do sytuacji paradoksalnej, w której członkowie grup wojskowych – niezależnie od tego, czy będą przestrzegać MPH, czy też nie oraz czy dopuszczają się popełnienia zbrodni wojennych, czy też nie – będą podlegać odpowiedzialności karnej, o ile przegrają lub wcześniej zostaną złapani przez żołnierzy rządowych. A więc skoro stosowanie MPH nie zwalnia z odpowiedzialności karnej i nie jest nawet jasne, czy ani o ile łagodzi wymiar kar, a konieczność przestrzegania norm ograniczających sposób prowadzenia walki zmniejsza szanse na zwycięstwo, stosowanie prawa przez grupy zbrojne może się wydać sprzeczne z ich interesem.

W tym kontekście warto przytoczyć fragment artykułu M. Sassoliego: „Rozumiejąc te trudności [kwestia statusu kombatanta] MKCK zasugerował Konferencji Dyplomatycznej przyjmującej Protokół II postanowienie, które miało wymagać, by trybunał, skazując kogokolwiek za udział w niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym, wziął pod uwagę w największy możliwy sposób, czy oskarżony stosował Protokół II. Propozycja została niestety skreślona”²⁸. Problem został więc dostrzeżony już na etapie prac nad PD II. Choć liczba niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych nie spadła, a wzrosła, zaś powaga naruszeń doprowadziła do rozwoju nowej gałęzi prawa – międzynarodowego prawa karnego – nie zmienił się stosunek państw do tej kwestii. Obawa państw przed legitymizacją grup wojskowych jest tu ciągle istotną przeszkodą.

Podsumowanie

Interes grup wojskowych w przestrzeganiu MPH nie dotyczy jedynie kwestii prawnych. Niejednokrotnie zwycięstwo zależy od dobrych stosunków z ludnością cywilną, a więc wówczas ochrona tej ludności jest zbieżna z celem grup. Mimo to można również wskazać przykłady konfliktów, podczas których ludność cywilna staje się celem ataków. Grupom wojskowym dążącym do przejęcia władzy często zależy

²⁸ M. Sassoli, dz. cyt., s. 26.

na przychylności społeczności międzynarodowej, co również wymaga stosowania norm MPH czy szanowania podstawowych praw człowieka. Podobnie do uznania rządu przez inne państwa potrzebne jest, by dany rząd gwarantował wypełnianie międzynarodowych zobowiązań, czego zapowiedzią może być wcześniejsze przestrzeganie MPH przez grupę wojskową ustanawiającą ten rząd. Część grup zbrojnych decyduje się na działania przeciwko rządowi w celu zapewnienia lepszego poziomu życia ludności danego terytorium. Dla nich lub dla wielu innych grup wojskowych ochrona ludności cywilnej i przestrzeganie MPH może być celem samym w sobie. Doświadczenie nierządowej organizacji międzynarodowej *Geneva Call* (mającej na celu włączenie zbrojnych podmiotów niepaństwowych w proces przestrzegania MPH i międzynarodowego prawa praw człowieka), do której zasług należy między innymi ustanowienie międzynarodowego mechanizmu powodującego, że 41 grup wojskowych zobowiązało się do całkowitego zakazu stosowania min przeciwpiechotnych²⁹, pozwala sądzić, że dialog z grupami wojskowymi może przyczynić się do większej efektywności norm MPH. Jednakże do urzeczywistnienia wysokiego standardu ochrony osób cywilnych sama wola współpracy i dialogu może okazać się niewystarczająca. Z tego powodu propozycja zmian w MPH, jeśli ma na celu poprawę losu cywilów w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, powinna zmierzać do zaangażowania grup zbrojnych w proces tworzenia i przestrzegania prawa. Należy przy tym zastrzec, że jedynie część propozycji zmian wydaje się możliwa do spełnienia, zaś realizacja pozostałych, choć przyczyniałaby się do lepszego stosowania MPH w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, jest obecnie mało prawdopodobna.

Spośród pierwszej grupy rozwiązań podstawowe znaczenie ma rozpowszechnianie znajomości norm MPH nie tylko wśród żołnierzy, ale także wśród ludności cywilnej, przede wszystkim za sprawą edukacji publicznej. Ważne jest również wykorzystanie istniejących już mechanizmów prawnych, a więc przystąpienie do PD II, który zapewnia wyższy status ochrony praw osób niebiorących udziału w konflikcie niż art. 3 konwencji genewskich z 1949 r. Obecnie KG I zawierającą wspólny art. 3 ratyfikowały 194 państwa, a PD II – 166 państw. Różnica nie

²⁹ Deed of Commitment for Adherence to a Total Ban on Anti-Personnel Mines and for Cooperation in Mine Action.

jest duża, ale wśród państw, które nie ratyfikowały PD II, są między innymi Irak, Iran, Pakistan, Stany Zjednoczone i Turcja.

Zawarte w art. 6 ust. 5 PD II zobowiązanie państw do podjęcia działań na rzecz objęcia amnestią osób uczestniczących w konflikcie zbrojnym oraz pozbawionych wolności z powodów z nim związanych może być podstawą do dyplomatycznego nacisku, by rządy państw po zakończeniu walk, biorąc pod uwagę przestrzeganie norm MPH przez członków grup wojskowych, stosowały wobec nich amnestie, odstępując od karania za sam tylko udział w konflikcie.

W bezpośrednim związku z powyższą możliwością pozostaje postulat znacznie mniej prawdopodobny do zastosowania, ale prowadzący do określonego we wstępie artykułu celu. Wydaje się, że nadanie statusu kombatanta członkom grup zbrojnych nie jest konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Potrzebny jest natomiast powrót do dyskusji nad uwzględnieniem przez sądy stopnia przestrzegania MPH przy skazywaniu za sam tylko udział w konflikcie. Propozycje MKCK warto uzupełnić o postulaty: zawieszenia postępowania karnego oraz internowania, a nie aresztowania członków grup wojskowych do czasu zakończenia konfliktu. Z pewnością gdyby państwa, które zdecydują się na stosowanie powyższych postulatów, rozważyły wdrożenie prawa umożliwiającego im odmowę ekstradycji członków grup wojskowych przestrzegających MPH do państw, których prawodawstwo nie wiąże kwestii odpowiedzialności za udział w konflikcie zbrojnym z przestrzeganiem MPH, wymusiłoby to pozytywne zmiany.

Często powoływany, między innymi przez M. Sassoliego, wniosek, by zacząć traktować grupy zbrojne poważnie³⁰, a więc zapewnić im udział w tworzeniu prawa, nie musi oznaczać bezpośredniego udziału w konferencjach. Inna możliwość to wzięcie pod uwagę przez organizatorów konferencji oraz kodyfikatorów prawa zwyczajowego międzynarodowych konfliktów zbrojnych w charakterze *soft law* kodeksów postępowania w konfliktach zbrojnych tworzonych przez same grupy zbrojne³¹, dorobku prawnego *Geneva Call* i podobnych

³⁰ M. Sassoli, *Legal Mechanism to Improve Compliance with International Humanitarian Law by Armed Groups*, „Proceedings of the Bruges Colloquium. Improving compliance with International Humanitarian Law” 2004, nr 30, s. 97–101.

³¹ Jako przykład powszechnej zgody na stosowanie pewnego minimum MPH w międzynarodowych konfliktach zbrojnych A. Paulus podaje podręcznik zawierający interpretacje norm MPH stworzony przez talibów w Afganistanie. A. Paulus, dz. cyt., s. 32.

organizacji (jeśli się pojawiają) oraz jednostronnych deklaracji i umów specjalnych, w których uczestniczą grupy zbrojne. Istotne wydaje się również dostosowanie norm, których przestrzegać mają strony konfliktu, do ich faktycznych możliwości. Organizacje prowadzące dialog z grupami wojskowymi powinny mieć możliwość przedstawienia ich stanowiska. Realizacja tych postulatów powinna przyczynić się do urealnienia obowiązków spoczywających na stronach konfliktu.

Próba rozwiązania problemu następczego charakteru kontroli przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego mogłyby być wypracowane przez organizacje prowadzące dialog z grupami wojskowymi mechanizmy: sprawozdań z wykonania przyjętych obowiązków oraz kontroli w postaci komisji ustalającej fakty, na które powołują się dane grupy. Wydaje się jednak, że powyższy postulat, choć jest konsekwencją podmiotowości grup zbrojnych w sferze MPH, byłby dla państw nie do przyjęcia jako potencjalnie legitymizujący istnienie grup występujących przeciwko legalnym rządóm.

Te spośród powyższych propozycji, które wydają się możliwe do realizacji, bazują na już istniejących mechanizmach prawnych i wskazują na możliwości ich skuteczniejszego stosowania. Pozostałe, obecnie mało prawdopodobne do wykorzystania, koncentrują się wokół włączenia grup wojskowych w proces tworzenia MPH, umożliwienia im ujawnienia przed opinią publiczną na forum pozarządowych organizacji międzynarodowych swych międzynarodowych zobowiązań oraz stanu ich wykonania. W konsekwencji pozwalają zbudować wśród samych grup wojskowych poczucie odpowiedzialności za ochronę osób cywilnych. Jednocześnie zastosowanie powyższych propozycji nie wpływa na status prawny grup zbrojnych i nie oznacza ich uznania. Tym samym postulaty te, choć dotyczące ochrony w konflikcie zbrojnym człowieka, a nie państwa, stanowią konieczną konsekwencję istniejących już zobowiązań państw w sferze międzynarodowego prawa humanitarnego.

STATUS PRIVATE MILITARY CONTRACTORS W ŚWIETLE MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO*

LEGAL STATUS OF PRIVATE MILITARY CONTRACTORS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

The legal status of private military contractors raises many questions. Their engagement in military operations indicates that they are considerably useful, and armed forces are more and more interested in private military sector. Due to a variety of obligations and tasks assigned to the private companies by militaries, it is difficult to unequivocally define their legal status. Most often, they are recognized as civilians associating with a military unit which takes advantage of their right to handle prisoners of war. There are also voices that perceive PMCs as mercenaries. It is still questionable whether and to what extent they are eligible to take certain measures, especially as regards the use of lethal force. A number of questions arise in respect of accountability for actions committed by private contractors operating under agreements concluded with certain militaries.

key words: contractor, prisoner of war, a combatant, a civilian, a mercenary, an authorisation, accountability

* Fragmenty pracy wyróżnionej I miejscem w kategorii prac licencjackich w XVI Konkursie im. Prof. Remigiusza Bierzanka w 2013 r. na najlepsze prace licencjackie, magisterskie i doktorskie z zakresu MPH.

1. *Private military contractors* we współczesnych konfliktach zbrojnych

Pojęcie *private military contractors*¹ nie jest nowe, jednak jego znaczenie przybrało na sile w ostatnim dziesięcioleciu. Szczególnie przyczyniły się do tego konflikty zbrojne w Afganistanie i Iraku. Najlepiej obrazuje to stosunek zatrudnionych *private military contractors* do zawodowych żołnierzy biorących udział w obu wojnach w Iraku. Podczas konfliktu w 1991 r. wynosił on 1 do 50, zaś w 2003 r. już 1 do 10². Szacunki dotyczące liczby cywilnych pracowników zatrudnionych w ramach kontraktów w Iraku oscylują między 20–30 tysiącami osób, co czyni ich drugim co do wielkości kontyngentem funkcjonującym w tym kraju³.

Brak jest jednej ogólnie przyjętej definicji terminu *private military contractors*. Co więcej, często pojawiają się inne określenia, takie jak: *private security companies* (PSCs), *private military firms* (PMFs), *private military and security companies* (PMSCs)⁴. *Private military companies* (PMCs) są tradycyjnie postrzegane jako prywatne firmy świadczące usługi wspomagające lub zastępcze, mające na celu zwiększenie efektywności działań armii lub zbrojnych grup podczas międzynarodowych i niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych. *Private security companies* (PSCs), jak wynika z samej nazwy, to przedsiębiorstwa, których działalność nakierowana jest na świadczenie usług w zakresie zabezpieczenia i ochrony osób, obiektów lub obszarów przed działalnością *stricto* przestępczą⁵.

¹ W wolnym tłumaczeniu na język polski termin ten brzmiałby „prywatni kontraktownicy wojskowi”. Na potrzeby tej pracy będzie używana terminologia angielska, tj. *private military contractors* (*companies*) lub skrót PMCs, która jest powszechnie stosowana w zachodniej literaturze przy opisywaniu tego zagadnienia.

² A. Szpak, *Status prawny private military contractors według międzynarodowego prawa humanitarnego*, [w:] T. Jasudowicza, M. Balcerzaka, J. Kapelańskiej-Pręgowskiej [red.], *Współczesne problemy praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2009, s. 397–410.

³ M. N. Schmitt, *Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, „Chicago Journal of International Law” 2005, vol. 5, no. 2, s. 512.

⁴ P. Walther, *Legal Status of Private Contractors under International Humanitarian Law*, s. 7. Artykuł jest dostępny na stronie: www.guardian-gbs.com/Presse/afhandling.pdf (dostęp: 18.04.2012).

⁵ Tamże.

Podmioty te można najogólniej podzielić na dwie grupy: PMCs aktywnych, dostarczających broń i amunicję na pole walki, oraz pasywnych, których zadania ograniczają się do przeprowadzania szkoleń oraz działalności organizacyjno-administracyjnej⁶. Z kolei P. Singer dzieli *private military contractors* na trzy grupy. Do pierwszej z nich zalicza firmy zapewniające bezpośrednią, taktyczną pomoc wojskową, wliczając w to działalność na pierwszej linii frontu. Druga grupa obejmuje wojskowe firmy konsultingowe, przeprowadzające szkolenia i zapewniające doradztwo na poziomie strategicznym. Trzeci rodzaj to PMCs zajmujący się logistyką, aprowizacją oraz pozyskiwaniem informacji o charakterze wywiadowczym⁷.

W praktyce jednak niezwykle trudno jest przyporządkować dany podmiot do ściśle określonej kategorii. Wiele firm funkcjonujących na obszarach konfliktów zbrojnych oferuje szeroki zakres usług, dostosowany do potrzeb zleceniodawcy. Równie trudne jest odróżnienie działalności ofensywnej od defensywnej⁸. Granica pomiędzy nimi jest często sztuczna, albowiem „ludzie, którzy dostarczają żołnierzy i sprzęt na pole walki, są taką samą częścią operacji wojskowej jak ci, którzy pociągają za spust”⁹.

W celu ujednolicenia definicji, na potrzeby tej pracy odrzucona zostanie dychotomia występująca w poglądach przedstawicieli literatury. W związku z powyższym autor przyjmuje, że pod pojęciem *private military contractors/companies* (PMCs)¹⁰ rozumiane będą wszystkie prywatne podmioty, oferujące usługi ściśle powiązane z dziedziną wojskowości. Specjalizują się one w zapewnianiu wsparcia wojskowego, więc wykonują także działania bojowe, planowanie strategiczne, funkcje wywiadowcze, planowanie ryzyka, szkolenia oraz zadania logistyczne i zabezpieczające. Charakter ich działalności powoduje, że zapełniają one miejsce tradycyjnie zarezerwowane dla rządów i państw¹¹.

⁶ A. Faite, *Involvement of Private Contractors in Armed Conflict: Implications under International Humanitarian Law*, „Defence Studies” 2004, vol. 4, no. 2, s. 3.

⁷ A. Szpak, dz. cyt., s. 1–2.

⁸ P. Walther, dz. cyt., s. 6.

⁹ Tamże, s. 7.

¹⁰ Można przyjąć, że termin *private military companies* oznacza osoby prawne (firmy czy korporacje) oferujące opisywane usługi, zaś *private military contractors* to osoby fizyczne (pracownicy tychże firm).

¹¹ K. Jennings, *Armed Services: Regulating the Private Military Industry*, FAFO Report no. 532, Oslo 2006, s. 13.

Obecnie podmioty korzystające z usług PMCs kładą większy nacisk na zadania „okołomilitarne”, odchodząc od działań typowo bojowych¹².

Na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat istniało wiele firm oferujących opisywane usługi. Oto kilka z nich wraz z przykładami wykonywanych przez nie zadań:

- *AEGIS, Armour Group i Global Risk Group* (CR) – zarządzanie kryzysowe i zdobywanie informacji o charakterze wywiadowczym w Afganistanie;
- *Armor Group, Saladin, USPI* – ochrona ambasad USA, Wielkiej Brytanii i Niemiec w Afganistanie;
- *Blackwater i CACI* – przesłuchiwanie osób w Iraku;
- *DynCorp* – wdrażanie reform oraz rekonstrukcja afgańskiej policji i sił zbrojnych;
- *Ronco* – rozminowywanie terenów w Afganistanie¹³.

Wymienione firmy stanowią jedynie niewielki wycinek bardzo szerokiego oraz niezwykle intratnego rynku *private military contractors*. Najlepszym przykładem oddającym charakter i szeroki zakres zadań zlecanych PMCs są konflikty na Bliskim Wschodzie z 2001 i 2003 r., z których ostatni nazwany był nawet sprywatyzowaną wojną z powodu dużej liczby prywatnych firm zatrudnionych w celu realizacji zadań logistyczno-usługowych (dostawy żywności dla wojska czy zakwaterowania żołnierzy), zabezpieczających, związanych z obsługą systemów uzbrojenia oraz przesłuchiwania więźniów¹⁴.

Dla przykładu: cywilni pracownicy amerykańskiej firmy *Halliburton's Kellogg Brown and Root* (KBR) codziennie dostarczali niemal 700 ciężarówek z zaopatrzeniem do 60 baz wojskowych rozmieszczonych w różnych częściach Iraku¹⁵. Zależność sił zbrojnych

¹² Typowym przykładem użycia PMCs do zadań bojowych jest działalność południowoafrykańskiej firmy *Executive Outcomes* w Sierra Leone w latach 1995–1997. Więcej informacji na stronie: www.en.wikipedia.org/wiki/Executive_Outcomes (dostęp: 18.04.2012).

¹³ A. Szpak, dz. cyt., s. 2.

¹⁴ Tamże, s. 14. Zob. też: J. K. Elsea, M. Schwartz, K. H. Nakamura, *Private Security Contractors in Iraq: Background, Legal Status and Other Issues*, CRS Report for Congress, Congressional Research Service, Waszyngton 2008, Order Code RL32419.

¹⁵ Jak wskazują niektórzy autorzy, wynagrodzenie wypłacone KBR przez Stany Zjednoczone było około 250% wyższe niż całkowity koszt amerykańskiej operacji w Zatoce Perskiej w 1991 r. Zob. P. Walther, dz. cyt., s. 14.

od zaopatrzenia otrzymywanego za pośrednictwem prywatnych firm stwarzała niebezpieczeństwo dla obu stron. Armia wystawiała się na ryzyko braku dostaw, zaś *private military contractors* narażali się na niebezpieczeństwo związane z prowadzeniem konwojów, gdyż nie-rzadko stawały się one celem ataków. Potwierdzeniem tej tezy może być fakt, że dwa tureckie przedsiębiorstwa dostarczające żywność dla żołnierzy armii USA w Iraku wycofały się z zawartego kontraktu po tym, jak dwóch spośród ich kierowców wzięto do niewoli jako zakładników¹⁶.

Druga typowa kategoria zadań wykonywanych w Iraku obejmuje szeroko pojęte zabezpieczenie. W tym zakresie *private military contractors* zarówno ochraniali obiekty militarne, infrastrukturę umożliwiającą prowadzenie działań wojennych (na przykład instalacje służące do przesyłu paliw i energii elektrycznej), jak i stanowili ochronę osobistą dla przedstawicieli rządu tymczasowego Iraku w latach 2003–2004 (*Coalition Provisional Authority*, CPA), pracowników rządowych oraz innych osób¹⁷. Firm, które swą działalność nakierowały na ochronę osób i obiektów w Iraku, było ponad 50, począwszy od niewielkich, zatrudniających kilka osób, aż po takie, które w swoich szeregach miały kilkuset pracowników. Przykładem tych ostatnich może być *Global Risk*, dla której pracowało około 500 żołnierzy z Fidżi i tyle samo Gurków, co czyniło z nich jeden z większych kontyngentów w Iraku¹⁸. Ponadto PMCs odpowiedzialne były za ochronę części lotniska w Bagdadzie, a także obiektów znajdujących się wewnątrz tak zwanej Zielonej strefy¹⁹. Prywatne firmy zajmowały się również ochranianiem konwojów oraz wykonywały znaczną część zadań mających na celu szkolenie nowej armii irackiej i tamtejszych służb porządku publicznego²⁰.

Ciągły rozwój technologiczny w dziedzinie wojskowości oraz współczesny poziom technicznego zaawansowania systemów uzbrojenia zwiększa zapotrzebowanie na specjalistów dysponujących odpowiednią wiedzą, umożliwiającą skuteczną eksploatację tych systemów.

¹⁶ Tamże.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ M. N. Schmitt, dz. cyt., s. 513.

¹⁹ Zielona strefa (ang. *Green Zone*) – potoczna nazwa silnie ufortyfikowanego obszaru w centrum Bagdadu, w którym mieszczą się siedziby władz oraz część ambasad.

²⁰ P. Walther, dz. cyt., s. 14.

Coraz częściej można zaobserwować zlecenie wykonywania zadań z tej dziedziny firmom z zewnątrz. Przykłady systemów obsługiwanych przez prywatne podmioty można by mnożyć; wśród nich znajdują się: samoloty F-117 Nighthawk, bombowce B-2 Spirit, czołgi M1 Abrams, wyrzutnie rakiet TOW, a także Global Hawk i Unmanned Aerial Vehicle (UAV) Predator, czy też śmigłowce AH-64 Apache²¹.

Wydarzenia z więzienia w Abu Ghraib, o których świat usłyszał w 2004 r.²², zwróciły uwagę na stosunkowo nową i bardzo kontrowersyjną działalność PMCs, a mianowicie przesłuchania jeńców wojennych oraz innych zatrzymanych. *CACI International* z siedzibą w Arlington w stanie Virginia (USA) wysyłała do Iraku tłumaczy i osoby prowadzące przesłuchania, które zostały później oskarżone o nadużycia w związku z działaniami w Abu Ghraib²³. Stanowiło to swego rodzaju precedens, że osoby cywilne przesłuchiwały więźniów wziętych do niewoli w ramach trwającego konfliktu zbrojnego²⁴.

Powyższe przykłady ukazują, w jakim stopniu współczesny rynek *private military contractors* jest zróżnicowany, począwszy od rodzaju wykonywanych zadań poprzez zleceniodawców, narodowość pracowników aż po państwa, w których opisywane przedsiębiorstwa są zarejestrowane²⁵.

Prywatny sektor bezpieczeństwa nie jest tani, co potwierdzają dane dotyczące wysokości kontraktów zawieranych z niektórymi firmami. Za lipiec 2004 r. firma KBR otrzymała 11,4 mld dolarów w ramach kontraktu na ich działania w Iraku i Afganistanie²⁶, co jest jedynie wycinkiem obrotów w tym sektorze. Wynagrodzenie wypłacane indywidualnym podmiotom operującym na terytorium Iraku było różne w zależności od charakteru wykonywanych zadań. Pensja doświadczonego pracownika ochrony wynosiła przeciętnie około 20 tys. dolarów miesięcznie, a pracownicy administracyjni zarabiali w granicach 80–100 tys. dolarów rocznie. Tak lukratywne płace niejednokrotnie skłaniały żołnierzy sił specjalnych USA do zmiany pracodawcy²⁷.

²¹ Por. np. P. Walther, dz. cyt., s. 14; M. N. Schmitt, dz. cyt., s. 512.

²² Szerzej zob. www.en.wikipedia.org/wiki/Abu_Ghraid_torture_and_prisoner_abuse (dostęp: 18.04.2012).

²³ P. Walther, dz. cyt., s. 15.

²⁴ Tamże.

²⁵ Tamże.

²⁶ M. N. Schmitt, dz. cyt., s. 514.

²⁷ Tamże.

Wysokie zarobki stanowią często ekwiwalent za wysokie ryzyko związane z pracą PMCs. Ostatecznie straty w ludziach wśród *private military contractors* w Iraku były większe niż któregośkolwiek z wojskowych kontyngentów, nie licząc Stanów Zjednoczonych²⁸.

Przykład użycia PMCs związany z interwencją wojsk koalicji w Afganistanie w 2001 r. różni się od opisywanych powyżej głównie charakterem wykonywanych działań oraz typem przedsiębiorstwa. Norweska firma *Aker Kværner Process Services Inc.* (KPSI) zawarła z Departamentem Obrony USA kontrakt, w ramach którego została wcielona do *Joint Task Force Guantanamo*, w amerykańskiej bazie wojskowej w Guantanamo na Kubie, gdzie była odpowiedzialna za prowadzenie obozu X-Ray²⁹. W sumie w ciągu kilkunastu lat funkcjonowania w Guantanamo zadania wykonywało tam ponad 700 pracowników KPSI³⁰.

Na uwagę zasługuje jednak rodzaj podejmowanych zleceń. Firma uczestniczyła w konstruowaniu cel dla więźniów, a także brała udział w rozbudowie obozu w 2001 r. Ponadto do zadań KPSI w głównej mierze należało dostarczanie do obozu energii elektrycznej, wody oraz paliwa. W ramach kontraktu pracownicy byli także zobowiązani do wykonywania bieżących napraw i czyszczenia pomieszczeń (w tym także usuwania śladów krwi) przeznaczonych dla przetrzymywanych osób³¹. Choć oficjalne oświadczenia władz KPSI mówiły o tym, że jej pracownicy wykonują jedynie zwykłe prace usługowe związane z prowadzeniem Camp X-Ray, norweski raport wykazał, iż mogło w tej kwestii dojść do nadużyć. *Amnesty International* w Norwegii wysunęło także oskarżenia wobec KPSI, że jej członkowie mieli dopuścić się tortur na więźniach w Guantanamo³².

Jako prywatna firma *Aker Kværner* nie mogła zostać pociągnięta do międzynarodowej odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka, jednak jej członkowie mogą być odpowiedzialni w ramach

²⁸ Tamże.

²⁹ Camp X-Ray – tymczasowy obóz dla więźniów podejrzanych o terroryzm, utworzony przez Amerykanów w bazie Guantanamo po wydarzeniach z 11.09.2001 r. W związku z jego działalnością pojawiało się wiele kontrowersji związanych szczególnie z podejrzaniem o naruszanie praw człowieka. Obóz został zamknięty 29.04.2002 r., a więźniowie zostali przeniesieni do innego obozu o nazwie Delta. Zob. www.en.wikipedia.org/wiki/Camp_X-Ray_Guantanamo (dostęp: 18.04.2012).

³⁰ P. Walther, dz. cyt., s. 16.

³¹ Tamże.

³² Tamże, s. 17.

norweskiego prawa karnego za udział w łamaniu międzynarodowego prawa humanitarnego. Przedmiotem śledztwa norweskich prokuratorów prowadzonego wobec pracowników KPSI były między innymi przypadki stosowania przemocy, uszkodzenia ciała oraz przestępstw seksualnych³³.

Oprócz wykorzystania PMCs w dwóch opisanych wyżej konfliktach zbrojnych prywatne podmioty wojskowe znalazły także zastosowanie w innych sytuacjach. Już na początku lat 90. XX wieku Stany Zjednoczone angażowały PMCs, aby ułatwić sobie realizację niektórych celów swojej polityki zagranicznej³⁴.

W Bośni i Hercegowinie, Chorwacji czy Kosowie PMCs zatrudnieni, pośrednio lub bezpośrednio, przez rząd USA prowadzili szkolenia dla miejscowych armii, zapewniali doradztwo na poziomie strategicznym i monitorowali postęp prowadzonych misji pokojowych³⁵. W 1994 r., gdy państwa byłej Jugosławii wybijały się na niepodległość, chorwackie ministerstwo obrony podpisało, za namową Pentagonu, dwa kontrakty z *Military Professional Resources Incorporated* (MPRI), które obejmowały pomoc przy modernizacji chorwackiej armii. W kwietniu 1995 r. pierwszy chorwacki oficer ukończył program szkoleniowy MPRI, a cztery miesiące później Chorwacja rozpoczęła operację „Burza”, która zakończyła się zajęciem Krajiny. Zmusiło to Serbię do negocjacji i podpisania porozumienia pokojowego w Dayton³⁶. Skorzystanie przez Chorwację z usług MPRI umożliwiło Stanom Zjednoczonym osiągnięcie swojego celu bez konieczności uzyskiwania poparcia Kongresu i społeczeństwa oraz przy zminimalizowaniu wykorzystania własnych wojsk.

Kolejny przykład ma związek z prowadzoną przez USA polityką antynarkotykową. W latach 90. drastyczny wzrost upraw koki uczynił Kolumbię największym dostawcą narkotyków do Stanów Zjednoczonych. Z powodu małej efektywności służb w Andach do realizacji tej polityki

³³ Tamże. Szerzej na temat działalności KPSI oraz śledztwa prowadzonego przeciwko jej pracownikom zob. www.baseswiki.org/en/OECD_NCP_%28Norway%29,_Forum_for_Environment_and_Development_vs._Aker_Kv%C3%A6rner_ASA,_Cuba_2005 (dostęp: 1.09.2012), a także www.humanrightshouse.org/Articles/5742.html (dostęp: 18.04.2012).

³⁴ A. Stanger, M. E. Williams, *Private Military Corporations: Benefits and Costs of Outsourcing Security*, „Yale Journal of International Affairs” 2006, no. 4, s. 4–19.

³⁵ Tamże.

³⁶ Tamże, s. 8.

konieczne stało się zapewnienie wsparcia lokalnym władzom w zakresie likwidacji upraw roślin służących do produkcji środków odurzających. W tym celu władze USA zatrudniły co najmniej pięć rodzimych PMCs do zadań związanych z ograniczeniem przemytu narkotyków³⁷.

W 1991 r. Departament Stanu zawarł z firmą *DynCorp* pięcioletni kontrakt, wart 99 mln dolarów, który obejmował szereg misji związanych z likwidacją upraw koki w Andach. W Kolumbii, Boliwii i Peru pracownicy *DynCorp* odpowiedzialni byli za utrzymanie i konserwację amerykańskich samolotów i śmigłowców przeznaczonych do niszczenia upraw, a także szkolili w tym celu miejscowych pilotów i mechaników³⁸.

Jak wynika z przytoczonych przykładów, *private military contractors* mają zastosowanie zarówno w czasie pokoju, jak i w trakcie konfliktu zbrojnego. Przypadki użycia PMCs można mnożyć, a wymienione w niniejszej pracy stanowią zaledwie niewielki procent, nieoddający w pełni skali tego zjawiska. Zróznicowanie klientów oraz ich potrzeb skutkowało w ubiegłym dwudziestolecu szybkim rozwojem prywatnego sektora bezpieczeństwa³⁹. Współczesne *private military companies* są gotowe do podjęcia wszelkiego rodzaju zadań w każdych warunkach i w dowolnym miejscu na świecie, jeżeli tylko podmiot zatrudniający (którym nie zawsze jest państwo) ma odpowiednie zdolności finansowe.

Działalność *private military contractors* na terenach dotkniętych konfliktami zbrojnymi implikuje szereg problemów prawnych, praktycznych i politycznych. Najważniejsze z pytań dotyczy tego, jakie prawa i obowiązki wobec PMCs wynikają z norm międzynarodowego prawa humanitarnego. Aby uzyskać odpowiedź, należy przede wszystkim określić status, jaki przysługuje *private military contractors* w myśl międzynarodowych uregulowań prawnych.

Kolejne problematyczne zagadnienie wiąże się z regulacjami funkcjonowania całego przemysłu *private military contractors*. Aby zminimalizować przypadki nadużyć i sprawić, by działalność takich firm była możliwie najbardziej przejrzysta, konieczne są jasne i sztywne zasady ich zatrudniania oraz funkcjonowania na obszarach dotkniętych

³⁷ Tamże, s. 9.

³⁸ Tamże.

³⁹ E.-Ch. Gillard, *Business Goes to War: Private Military/Security Companies and International Humanitarian Law*, „IRoRC” 2006, vol. 88, no. 863, s. 526.

konfliktami zbrojnymi. W czyjej gestii leży wprowadzanie i egzekwowanie tych zasad? Czy powinno odbywać się ono na pułapie międzynarodowym, narodowym, czy też powinno być poddane samoregulacji?

Nie bez znaczenia jest także często poruszana wątpliwość dotycząca tego, jaki wpływ ma działalność PMCs na swoistą „erozję” monopolu użycia siły przez państwo. Czy współpraca z prywatnymi podmiotami wzmacnia, czy osłabia kontrolę państwa nad użyciem siły w stosunkach międzynarodowych? Powyższe zagadnienie wykazuje ścisły związek z relacją, jaka zachodzi pomiędzy PMCs a siłami zbrojnymi państwa wysyłającego, którą można sprowadzić do kwestii stopnia kontroli i podległości w ramach wojskowych struktur dowodzenia.

Dyskusyjna jest również możliwość skorzystania przez organizacje humanitarne, działające na terenach zapalnych lub dotkniętych konfliktem zbrojnym, z usług *private military contractors* w celu ochrony swoich wolontariuszy.

Mnogość i różnorodność pytań dotyczących funkcjonowania PMCs wpływa na złożoność tego problemu. Na wiele z tych zagadnień nie można udzielić szybkiej i jednoznacznej odpowiedzi, ponieważ stanowią one wypadkową zmiennych okoliczności występujących w poszczególnych przypadkach.

Revolucja w dziedzinie wojskowości otworzyła nowe możliwości prowadzenia konfliktu zbrojnego. Państwa w coraz większym stopniu skłaniają się ku wykorzystywaniu outsourcingu⁴⁰ również w dziedzinach bezpieczeństwa, w tym w ramach prowadzenia operacji militarnych. Różnorodność klientów i duża liczba zleceń spowodowały szybki rozwój prywatnego sektora bezpieczeństwa w postaci *private military companies*, oferujących wszechstronne usługi, poczynawszy od działań na pierwszej linii frontu aż po zadania logistyczne i wywiadowcze.

Rozbieżność zdań oraz złożony charakter problemu skłaniają do poświęcenia większej uwagi faktycznemu statusowi PMCs w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego. Próba ustalenia pozycji prywatnych podmiotów w konflikcie zbrojnym umożliwi odpowiedź na pytanie, czy istotnie występuje w tej materii próżnia w prawie, a także naświetli pozostałe zagadnienia, w tym kwestię odpowiedzialności za naruszenia wynikłe w związku z funkcjonowaniem *private military contractors* w strefie walk.

⁴⁰ Korzystanie z zasobów zewnętrznych (ang. *outside – resource – using*).

Należy jednak zaznaczyć, że w tym kontekście międzynarodowe prawo humanitarne nie koncentruje się na legalności samego faktu istnienia PMCs ani na słuszności zatrudniania ich przez państwa do wykonywania określonych zadań. Ogranicza się ono jedynie do regulacji zasad, według których powinny postępować tego typu podmioty podczas wykonywania swoich funkcji na terenie objętym konfliktem zbrojnym. Wynika to z ogólnej istoty prawa konfliktów zbrojnych, nierozstrzygującego o słuszności i legalności uciekania się do użycia siły, lecz regulującego to, w jaki sposób oraz przy użyciu jakich środków działania wojenne powinny być prowadzone (*ius in bello*)⁴¹.

2. *Private military contractors* a klasyfikacja osób w międzynarodowym prawie humanitarnym

Rozpatrując status prawny PMCs, należy uwzględnić jedną z podstawowych zasad międzynarodowego prawa humanitarnego, czyli zasadę rozróżniania. Jej istotą jest wprowadzenie podczas konfliktu zbrojnego fundamentalnego podziału na kombatantów i niekombatantów. Powyższa dychotomia jest niezwykle istotna, gdyż przynależność do jednej lub drugiej grupy determinuje ich prawa i obowiązki zarówno w zakresie legalności udziału w działaniach zbrojnych, jak i statusu w razie dostania się w ręce sił nieprzyjaciela (strony w konflikcie). Zasada rozróżniania znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 48 PD I⁴², wskazującym na powinność stron konfliktu odróżniania ludności cywilnej od kombatantów oraz dóbr o charakterze cywilnym od celów wojskowych, a zatem prowadzenia swoich operacji wyłącznie przeciwko kombatantom i celom wojskowym.

Art. 4 KG III⁴³ nie podaje wprost definicji kombatanta, określa jednak warunki, których spełnienie jest niezbędne dla uzyskania statusu jeńca wojennego, pośrednio wskazując, kto jest uprawniony do bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Do powyższej grupy zaliczani są członkowie sił zbrojnych, członkowie milicji i innych oddziałów ochotniczych spełniający określone warunki oraz członkowie

⁴¹ Zob. R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo Ministerstwa Obrony Narodowej, Warszawa 1982, s. 18 i n.

⁴² Dz.U. z 1992 r. Nr 41 poz. 175, zał.

⁴³ Dz.U. z 1956 r. Nr 38 poz. 175, zał.

zorganizowanego ruchu oporu po spełnieniu przewidzianych przez prawo wymogów kombatanckich, a także ludność cywilna na terytorium nieokupowanym, która spontanicznie chwyciła za broń w celu stawienia oporu wojskom inwazyjnym⁴⁴.

Drugą grupę osób, którą wskazuje zasada rozróżniania, stanowią niekombatanci, czyli – co do zasady – ludność cywilna. W przeciwieństwie do kombatanatów osoby cywilne nie mogą bezpośrednio uczestniczyć w działaniach zbrojnych i nie mogą stać się celem ataku. W myśl międzynarodowego prawa humanitarnego „za cywila uważana jest każda osoba nienależąca do żadnej z kategorii określonych w art. 4 A 1), 2), 3) i 6) trzeciej konwencji i w art. 43 niniejszego protokołu”⁴⁵. Oznacza to, że każda osoba, która nie spełnia warunków przewidzianych dla kombatanaty, jest w rozumieniu prawa osobą cywilną. Należy podkreślić, że opisany powyżej podział na kombatanatów i osoby cywilne jest jasny i niekwestionowany. Każda osoba znajdująca się w zasięgu międzynarodowego konfliktu zbrojnego jest „przypisana” do jednej lub drugiej grupy⁴⁶. Kategorie te mają zatem charakter rozłączny i komplementarny.

Jak wynika z powyższego podziału, w międzynarodowym prawie humanitarnym konfliktów zbrojnych PMCs należy przyporządkować do jednej z dwóch przywołanych kategorii, to jest kombatanatów lub niekombatanatów. Ten dwuczłonowy podział jest jednak zbyt ogólny i niewystarczający do pełnego zobrazowania sytuacji osób biorących udział w konflikcie zbrojnym oraz jednoznacznego określenia statusu *private military contractors*. Aby tego dokonać, należy przeanalizować, jakim podmiotom przysługuje status kombatanaty czy osoby cywilnej, w jakich okolicznościach można ten status uzyskać oraz jakie

⁴⁴ Art. 4A KG III.

⁴⁵ Art. 50 ust. 1 PD I.

⁴⁶ Mimo klarownego podziału osób uczestniczących w konflikcie zbrojnym na kombatanatów i osoby cywilne w literaturze często pojawia się problem tzw. nielegalnych/ nieuprawnionych kombatanatów (szerzej zob. M. Marcinko, *Nielegalny kombatanat – problem z definicją*, [w:] D. Bugajski [red.], *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Wyzwania XXI wieku*, AMW, Gdynia 2008, s. 51 i n. oraz K. Dörmann, *Legal Situation of „Unlawful/Unprivileged Combatants”*, „IRoRC” 2003, vol. 85, no. 849, s. 45–74). Przykładem mogą być dyskusje na temat statusu więźniów przetrzymywanych w amerykańskiej bazie Guantanamo Bay na Kubie (szerzej por. A. Szpak, *Status prawny zatrzymanych w Guantanamo Bay*, TNOiK, Toruń 2007).

działania mogą spowodować jego zmianę. Temu problemowi poświęcona jest kolejna część niniejszego rozdziału.

Analizując normy międzynarodowego prawa humanitarnego, w ramach dwóch wymienionych kategorii można wyodrębnić następujące cztery grupy podmiotów: kombatanci, osoby cywilne towarzyszące siłom zbrojnym, tak zwane zwykłe osoby cywilne oraz najemnicy.

Z punktu widzenia prawa status kombatanta przysługuje członkom sił zbrojnych strony biorącej udział w konflikcie, a także członkom oddziałów ochotniczych i milicji wchodzących w skład tych sił zbrojnych⁴⁷. KG III w swojej treści nie wyjaśnia znaczenia pojęcia sił zbrojnych, jednak ogólna definicja została zawarta w PD I. Wskazuje on, że siły zbrojne strony konfliktu składają się z wszystkich uzbrojonych i zorganizowanych sił, grup i oddziałów podlegających dowództwu, które jest odpowiedzialne przed tą stroną⁴⁸. W dalszej części tego artykułu znajduje się potwierdzenie, że członkowie sił zbrojnych, z wyłączeniem personelu medycznego oraz duchownego, posiadają status kombatanta, czyli mogą bezpośrednio uczestniczyć w działaniach zbrojnych⁴⁹.

Kolejną grupą osób, którym międzynarodowe prawo humanitarne przyznaje status kombatanta, są członkowie milicji i innych oddziałów ochotniczych, w tym także członkowie zorganizowanego ruchu oporu⁵⁰. Jednakże dla tych podmiotów Konwencja określa warunki, które muszą być spełnione łącznie, aby te osoby można było określić mianem kombatantów i aby mogły one korzystać z przysługujących im praw. Do tych warunków zalicza się:

- pozostawanie pod dowództwem odpowiedzialnym za swoich podwładnych;
- noszenie stałego znaku rozpoznawczego, umożliwiającego rozpoznanie z daleka;
- jawne noszenie broni;
- przestrzeganie w swoich działaniach praw i zwyczajów wojny⁵¹.

⁴⁷ Art. 4A ust. 1 KG III.

⁴⁸ Art. 43 ust. 1 PD I. Należy zaznaczyć, że prawo międzynarodowe nie określa, jakiego rodzaju siły stanowią regularną armię. Określenie struktury i kompozycji swoich sił zbrojnych leży w gestii państwa i zawiera się w jego prawie wewnętrznym. Zob. A. Szpak, *Status prawny...*, dz. cyt., s. 4.

⁴⁹ Art. 43 ust. 2 PD I.

⁵⁰ Art. 4A ust. 2 KG II.

⁵¹ Tamże.

Ponadto, zgodnie z art. 4A KG III, mianem kombatantów określa się „członków regularnych sił zbrojnych, którzy podają się za podlegających rządowi lub władzy nieuznanym przez mocarstwo zatrzymujące” oraz tak zwane *leéve en masse*⁵².

Jak już wspomniano, podstawową cechą odróżniającą kombatantów od ludności cywilnej jest możliwość bezpośredniego uczestniczenia w działaniach zbrojnych. Jednak PD I stawia w tym względzie pewne wymagania. Mianowicie art. 44 zawiera zobowiązanie dla kombatantów, kładące nacisk na odróżnianie się od ludności cywilnej, w czasie gdy biorą oni „udział w ataku lub wojskowej operacji przygotowawczej do ataku”⁵³. Odróżnienie to zostaje spełnione wtedy, gdy kombatant otwarcie nosi broń podczas każdego starcia zbrojnego oraz gdy jest widoczny dla nieprzyjaciela podczas rozwinięcia wojskowego poprzedzającego atak⁵⁴.

Kolejną kategorią uwzględnioną przez międzynarodowe prawo humanitarne są osoby cywilne towarzyszące siłom zbrojnym, ale nie należące do nich bezpośrednio. Do tej grupy mogą zaliczać się między innymi „[...] cywilni członkowie załóg samolotów wojskowych, korespondenci wojenni, dostawcy, członkowie oddziałów pracy lub służb powołanych do opiekowania się wojskowymi, pod warunkiem że otrzymali oni upoważnienie od sił zbrojnych, którym towarzyszą [...]”. Innymi słowy, osoby, które wpisują się w art. 4A ust. 4 KG III, są cywilami posiadającymi autoryzację do podążania wraz z siłami zbrojnymi, nie będąc ich członkami. Co więcej, osoby te są uprawnione do statusu jeńca wojennego w przypadku ujęcia przez nieprzyjaciela. Ponieważ nie pełnią one funkcji przypisanych ściśle kombatantom i ich zadaniem nie jest walka, pojawia się pytanie, czy w razie bezpośredniego uczestniczenia w działaniach zbrojnych tracą prawo do statusu jeńca wojennego. W tej kwestii występują trzy poglądy, jednak najbardziej dominujące jest stanowisko, w myśl którego w przypadku bezpośredniego zaangażowania w walkę osoby te tracą

⁵² Tzw. pospolite ruszenie – ludność terytorium nieokupowanego, która przy zbliżaniu się nieprzyjaciela chwytą spontanicznie za broń, aby stawić opór inwazji. Warunkiem traktowania ich jako kombatantów uprawnionych do statusu jeńca wojennego jest jawne noszenie broni oraz przestrzeganie praw i zwyczajów wojny.

⁵³ Art. 44 ust. 3 PD I.

⁵⁴ Tamże.

prawo do statusu jeńca⁵⁵, a co więcej, mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności karnej.

Szerszą grupę stanowią tak zwane zwykłe osoby cywilne. W międzynarodowym prawie humanitarnym występuje, jak już wspomniano, jedynie negatywna definicja osób cywilnych z art. 50 ust. 1 PD I. Ogólna definicja cywili jako osób niebędących członkami sił zbrojnych znajduje swoje potwierdzenie w zasadzie 5 *Studium zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego*⁵⁶. Podobne stanowisko zajął MTKJ, traktując cywili jako osoby, które nie są już członkami sił zbrojnych⁵⁷. Oczywiście kategoria ta nie obejmuje *leëve en masse*, którzy kwalifikują się jako kombataneci⁵⁸.

W odróżnieniu od osób cywilnych towarzyszących siłom zbrojnym, zwykłym cywilom nie przysługuje prawo do statusu jeńca wojennego. Podlegają oni ochronie w myśl zasady rozróżniania, która zabrania atakowania ludności cywilnej. Korzystanie z ochrony przewidzianej przez międzynarodowe prawo humanitarne obwarowane jest zakazem uczestniczenia w bezpośrednich działaniach zbrojnych. W przypadku bezpośredniego zaangażowania się w walkę cywile tracą ochronę przed atakami na czas bezpośredniego udziału w tych działaniach⁵⁹.

Ostatnią kategorią, i prawdopodobnie najbardziej kontrowersyjną, są najemnicy⁶⁰. Artykuł 47 PD I wyraźnie wskazuje, że „najemnik nie ma prawa do statusu kombatananta lub jeńca wojennego”⁶¹. Udział najemników w działaniach zbrojnych jest również nielegalny, podobnie

⁵⁵ Inny pogląd w tej kwestii prezentuje Departament Obrony USA (Instrukcja nr 1100.22 z 7.09.2006 r.). Stoi on na stanowisku, że w przypadku bezpośredniego udziału w walce osoby te nie tracą prawa do statusu jeńca wojennego. Trzecia opinia głosi, że osoba nie traci prawa do statusu jeńca pomimo bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, jeżeli zostały spełnione warunki kombatanckie, *de facto* zawarte w art. 4A ust. 2 KG III; zob. P. Walther, dz. cyt., s. 22.

⁵⁶ J.-M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge 2005.

⁵⁷ Wyrok Izby Sądzącej MTKJ z 3.03.2000 r. w sprawie *Prosecutor v. Blaškić* (nr sprawy IT-95-14-T), § 180; wskazane za: P. Walther, dz. cyt., s. 20.

⁵⁸ P. Walther, dz. cyt., s. 20.

⁵⁹ Art. 51 ust. 3 PD I.

⁶⁰ W niniejszej pracy problem najemników został ograniczony do zakresu, który jest regulowany przez międzynarodowe prawo humanitarne. Poza tymi regulacjami istnieją także Konwencja o eliminacji najemnictwa w Afryce z 1977 r. (wprowadzona z inicjatywy Unii Afrykańskiej) oraz Międzynarodowa konwencja przeciwko rekrutowaniu, używaniu, finansowaniu i szkoleniu najemników z 1989 r. (przyjęta w ramach ONZ).

⁶¹ Art. 47 ust. 1 PD I.

jak w przypadku cywili. Sformułowanie art. 47 ust. 1 PD I nie oznacza jednak zupełnego pozbawienia praw w przypadku dostania się we władzę nieprzyjaciela. Najemnikom przysługują tak zwane podstawowe gwarancje, o których mowa w art. 75 PD I, zawierające elementarne prawa człowieka, w tym wolność od tortur oraz prawo do rzetelnego procesu.

Definicja najemnika została zawarta w PD I i stanowi, że jest nim „każda osoba, która:

- została specjalnie zwerbowana w kraju lub za granicą do walki w konflikcie zbrojnym;
- rzeczywiście bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych;
- bierze udział w działaniach zbrojnych głównie w celu uzyskania korzyści osobistej i otrzymała od Strony konfliktu lub w jej imieniu obietnicę wynagrodzenia materialnego wyraźnie wyższego od tego, które jest przyrzeczone lub wypłacane kombatanom mającym podobny stopień i sprawującym podobną funkcję w siłach zbrojnych Strony;
- nie jest obywatelem Strony konfliktu ani stałym mieszkańcem terytorium kontrolowanego przez Stronę konfliktu;
- nie jest członkiem sił zbrojnych Strony konfliktu;
- nie została wysłana przez państwo inne niż Strona konfliktu w misji urzędowej jako członek sił zbrojnych tego państwa”⁶².

Wymienione wyżej warunki muszą być spełnione jednocześnie. W praktyce powoduje to znaczne trudności w zaliczeniu danej osoby do kategorii najemnika. Również samo sformułowanie poszczególnych warunków znacznie zawęża zasięg definicji. Przykładem może być tutaj wymóg zawarty w punkcie drugim; wiele osób udzielających znacznego wsparcia stronom wojującym nie wyczerpuje znamion bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych w znaczeniu MPH⁶³. Dyskusyjny jest także warunek piąty, często postrzegany jako pozbawiający znaczenia zarówno prawnego, jak i faktycznego cały art. 47 PD I⁶⁴. Otóż warunek ten wyłącza z definicji najemnika każdego, kto jest członkiem sił zbrojnych strony konfliktu, nawet gdy spełnia

⁶² Art. 47 ust. 2 PD I.

⁶³ E.-Ch. Gillard, dz. cyt., s. 561.

⁶⁴ Tamże.

wszystkie pozostałe przesłanki. W ten prosty sposób państwo włączając najemników do swoich sił zbrojnych, może uciąć wszelkie dyskusje dotyczące korzystania z ich usług. Jako przykład takiego postępowania można wskazać działania Papui-Nowej Gwinei, która w 1997 r. przyznała pracownikom firmy *Sandline International* status specjalnych policjantów⁶⁵.

Na tej podstawie można wysunąć wniosek, że celem art. 47 PD I jest utworzenie nowej kategorii osób, którym nie przysługuje prawo do statusu jeńcy wojennego. Jednak zapis ten potwierdza jedynie wcześniejsze ustalenia dotyczące pozycji prawnej osób cywilnych biorących bezpośredni udział w walce. Każda osoba niespełniająca warunków przewidzianych dla kombatantów (czyli również najemnicy), która bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, staje się w świetle prawa nielegalnym kombatantem⁶⁶ pozbawionym prawa do statusu jeńcy wojennego w przypadku dostania się do niewoli. Krótko mówiąc, skutek art. 47 jest taki, że najemnikom przysługują takie same prawa jak osobom cywilnym biorącym bezpośredni udział w działaniach zbrojnych⁶⁷.

Jak wskazano powyżej, problem bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych dotyczy każdej z kategorii podmiotów występujących w międzynarodowym prawie humanitarne. *Private military contractors* bardzo często świadczą swoje usługi na terenach objętych konfliktem zbrojnym, a co za tym idzie – mogą znaleźć się w sytuacji bezpośredniego kontaktu z siłami nieprzyjaciela. Odpowiedź na pytanie, czy PMCs mogą brać bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, zależy oczywiście od tego, jaki będą posiadać status. Wcześniej jednak należy przeanalizować pojęcie bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych i spróbować naświetlić jego definicję, gdyż międzynarodowe prawo humanitarne nie przedstawia jednoznacznego objaśnienia tego terminu. Jego prawne znaczenie można przybliżyć, przyglądając się dwóm elementom składowym, mianowicie bezpośredniemu udziałowi oraz działaniom zbrojnym.

⁶⁵ Tamże, s. 562.

⁶⁶ Pod tym pojęciem należy rozumieć wyłącznie osobę, która nie będąc kombatantem, w sposób nieuprawniony bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych i nie jest zaliczana do trzeciej odrębnej kategorii przy rozłącznym podziale osób w MPH na kombatantów i niekombatantów.

⁶⁷ E.-Ch. Gillard, dz. cyt., s. 562.

Pierwsze pytanie, jakie się nasuwa, dotyczy tego, czy istnieje różnica między bezpośrednim a aktywnym⁶⁸ udziałem w działaniach zbrojnych. Głos w tej sprawie zabrał MTKR, który uznał, że określenia te powinny być traktowane jako synonimy⁶⁹. Mimo pewnych wątpliwości w powszechnym użyciu występuje przede wszystkim zwrot „bezpośredni udział”. Potwierdzeniem powyższej tendencji jest terminologia stosowana w PD I.

Inna kwestia dotyczy związku przyczynowo-skutkowego między podjętym działaniem a szkodą, jaką może ono wywołać. Powszechnie uważa się, że czyn wymaga pewnej bliskości strefy walk, aby można było go zakwalifikować jako bezpośredni udział w działaniach zbrojnych. Takie stanowisko jest jednak podawane w wątpliwość, gdyż z komentarza do art. 51 ust. 3 PD I wynika, iż wystarczy, że działanie poprzez swój charakter lub cel może w konsekwencji wywołać rzeczywiste szkody⁷⁰. Innymi słowy: bezpośredni udział w działaniach zbrojnych nie wymaga bezpośredniego użycia broni palnej. Istotą jest fakt zintegrowania danego czynu z prowadzonymi działaniami wojennymi, których negatywne skutki są niemożliwe do uniknięcia. W praktyce ustalenie takiego związku przyczynowego może nastąpić jedynie *ex post facto*, gdyż przebieg wydarzeń jest niemożliwy do przewidzenia. Jednakże żołnierze i *private military contractors* są uprawnieni do działania w obliczu konkretnego zagrożenia, więc niezbędne dla należytego rozpoznania jest przewidzenie szkód, których w sposób obiektywny można się spodziewać jako skutków danego działania⁷¹.

Drugim elementem wchodzącym w skład pojęcia bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych jest termin „działania zbrojne” (ang. *hostilities*). Należy podkreślić, że nie jest on synonimem innych często używanych określeń, takich jak atak, konflikt zbrojny czy operacja militarna. Kontekst działań zbrojnych jest szerszy niż ataku, zaś węższy niż konfliktu zbrojnego⁷². Zgodnie z ogólnymi zasadami interpretacji

⁶⁸ Termin „aktywny” (ang. *active*) występuje w anglojęzycznej wersji KG III w art. 3, zaś w pozostałych artykułach odnoszących się do tego zagadnienia zastosowano termin „bezpośredni” (ang. *direct*).

⁶⁹ Wyrok Izby Orzekającej MTKR z dnia 2.09.1998 r. w sprawie *Prosecutor v. J.-P. Akayesu* (nr sprawy ICTR-96-4-T), § 629; wskazane za: P. Walther, dz. cyt., s. 39.

⁷⁰ Tamże.

⁷¹ Tamże.

⁷² Tamże, s. 40.

prawa międzynarodowego⁷³ działania zbrojne można odczytać jako zachowanie, które jest wrogiem. W konsekwencji oznacza to nagromadzenie poszczególnych czynów, które są szkodliwe dla nieprzyjaciela. Całościową istotę działań zbrojnych można zdefiniować jako wszelkie czyny, które negatywnie wpływają lub których celem jest negatywny wpływ na działania nieprzyjaciela prowadzące do osiągnięcia przez niego celów militarnych⁷⁴. Należy jednak podkreślić, że działania zbrojne powinny być jednoznacznie odróżniane od działań posiadających charakter tak zwanego podtrzymywania wojny (ang. *war sustaining*), a także od ogólnego wysiłku wojennego (ang. *general war effort*)⁷⁵.

Nieodłączną częścią działań zbrojnych jest konieczność wystąpienia jeszcze jednego konstytutywnego elementu, a mianowicie związku przyczynowego pomiędzy poszczególnymi czynami⁷⁶. Cel jego istnienia to potrzeba wykluczenia z działań wojennych zwykłych zbrodni popełnionych w trakcie trwania konfliktu zbrojnego. W konsekwencji czyn, który nie spełnia tego wymogu, niezależnie od tego, jak bardzo byłby szkodliwy, nie będzie skutkował utratą ochrony przed atakiem. Terminologia ta może być myląca, gdyż warunek związku przyczynowego konieczny, aby dane działanie zakwalifikować jako działanie zbrojne, nie jest identyczny z podobnym wymogiem niezbędnym do kwalifikacji czynu jako zbrodni wojennej⁷⁷.

Przedstawiony powyżej normatywny zarys problematyki bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych nie wyjaśnia jednak wszystkich aspektów tego zagadnienia. Dla jego pełnego zobrazowania, przy rozpatrywaniu statusu *private military contractors* oraz możliwości funkcjonowania w obszarze walk, konieczne jest krótkie wyjaśnienie sfery tak zwanego tymczasowego udziału w działaniach zbrojnych. Słowo „tymczasowy” ma istotne znaczenie dla określenia chwili, od której danym podmiotom przysługuje ochrona przed atakiem i kiedy ta ochrona się kończy. Zasadnicze pytanie, które się pojawia, brzmi:

⁷³ Określonymi w art. 31 i 32 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, Wiedeń, 23.05.1969 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 74 poz. 439).

⁷⁴ P. Walther, dz. cyt., s. 40 (ang. *all acts that adversely affect or aim to adversely affect the enemy's pursuance of its military objective or goal*).

⁷⁵ Konieczność takiego rozróżnienia została wskazana przez MKCK w komentarzu do art. 51 PD I. Zob. *Commentary on the Additional Protocols*, red. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, Geneva 1987, s. 619.

⁷⁶ P. Walther, dz. cyt., s. 40.

⁷⁷ Tamże, s. 41.

jak interpretować przepis art. 51 PD I?⁷⁸ Powszechnie uważa się, że bezpośredni udział w działaniach zbrojnych rozciąga się na powzięte w tym celu przygotowania oraz powrót ze strefy walk. Te dwie fazy nie są jednak zdefiniowane⁷⁹.

Celem postanowień PD I jest zapewnienie ochrony ofiarom międzynarodowych konfliktów zbrojnych, a w szczególności osobom cywilnym, którym została poświęcona IV część tego aktu prawnego. Art. 51 ust. 3 PD I pozwala jednak na odstępianie od reguły nieatakowania osób cywilnych, dlatego też jego interpretacja musi być jednoznaczna i precyzyjna. Warto zwrócić uwagę, że wyjątek ten tworzy pewną równowagę między walczącymi stronami. Daje on bowiem kombatantom prawo do obrony przed osobami cywilnymi biorącymi udział w walce w sposób nieuprawniony⁸⁰. Interpretacja czasowego udziału w działaniach zbrojnych w konsekwencji musi dążyć do zrównoważenia ochrony prawnej obejmującej ludność cywilną państwa okupowanego oraz siły zbrojne strony przeciwnej.

Wśród opinii ekspertów⁸¹ można znaleźć trzy podstawowe podejścia do kwestii tymczasowego udziału w działaniach zbrojnych. Pierwsze z nich to tak zwane *specific act approach* (dotyczące konkretnego czynu). Zgodnie z nim osoba cywilna traci swój immunitet przed atakiem na czas, w którym bierze bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, w tym także podczas przygotowania i powrotu, i odzyskuje przysługujące prawa natychmiast po zakończeniu działań zbrojnych, bez względu na ich częstotliwość. Przykładem może być postawa „*guerilla* w nocy, rolnik za dnia”⁸². Takie podejście jest bardzo wąskie i może zostać odrzucone poprzez ryzyko częstej zmiany statusu danego podmiotu z chronionego na niechroniony.

Drugi sposób podejścia do opisywanej kwestii, tak zwany *affirmative disengagement*⁸³, wydaje się bardziej realistyczny. Jego istota sprowadza się do tego, że osoba cywilna traci swoje prawo do ochrony przed atakiem od momentu pierwszego bezpośredniego udziału

⁷⁸ W artykule tym stwierdzono, że osobom cywilnym nie przysługuje ochrona przed atakiem, jeżeli uczestniczą one bezpośrednio w działaniach zbrojnych, przez czas trwania takiego uczestnictwa.

⁷⁹ P. Walther, dz. cyt., s. 35.

⁸⁰ Tamże.

⁸¹ Tamże.

⁸² Tamże.

⁸³ W wolnym tłumaczeniu „potwierdzone wycofanie się”.

w działaniach zbrojnych aż do chwili, gdy wyraźnie wycofuje się z prowadzenia podobnych działań. W praktyce trudności pojawiają się przy próbie dojścia to tego, czy dana osoba bądź grupa osób faktycznie porzuciła zamiary atakowania sił nieprzyjaciela. W związku z powyższym taki akt musi być jasny i jednoznaczny w oczach przeciwnika⁸⁴.

Trzecim punktem widzenia dotyczącym tymczasowego udziału w działaniach zbrojnych jest tak zwana zasada członkostwa (ang. *membership approach*). Łączy ona w sobie elementy dwóch powyższych sposobów. Regułę pierwszego z nich stosuje się wobec niezorganizowanych osób cywilnych, zaś drugie podejście jest wykorzystywane przy problemie zorganizowanych grup zbrojnych. W konsekwencji sam fakt członkostwa w takiej grupie powoduje traktowanie danej osoby jako ciągle biorącej udział w bezpośrednich działaniach zbrojnych niezależnie od indywidualnego zachowania. Taki tryb identyfikowania osób nielegalnie angażujących się w walkę bywa wykorzystywany w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, w przypadku których osoby uprawnione do prowadzenia walki nie są zdefiniowane⁸⁵.

Takie podejście nie jest jednak pozbawione zasadniczych wad. Po pierwsze, nie uwzględnia ono indywidualnego zachowania. Jeżeli za decydujący czynnik uznaje się samo członkostwo, to personel niezaliczany do kombatantów może stać się celem bezpośredniego ataku, a taki stan rzeczy jest niedopuszczalny w myśl norm międzynarodowego prawa humanitarnego. Po drugie, to ostatnie nie definiuje członkostwa ani zorganizowanej grupy zbrojnej, tak więc w praktyce rodzi się wiele trudności. Po trzecie, stosowanie tej zasady niesie ze sobą możliwość nadużyć, szczególnie w zakresie praw człowieka⁸⁶. Odpowiedź na pytanie, jak traktować personel *private military companies* w przypadku, gdy bierze on w sposób nieuprawniony udział w walce, zostanie udzielona w dalszej części niniejszego rozdziału w ramach rozważań o statusie PMCs jako osób cywilnych.

Jak wcześniej wspomniano, zakres funkcji pełnionych przez personel PMCs jest bardzo szeroki, od sytuacji, w których *private military contractors* działają wraz z siłami zbrojnymi jednej ze stron na

⁸⁴ P. Walther, dz. cyt., s. 36.

⁸⁵ Tamże.

⁸⁶ Tamże.

pierwszej linii frontu, do wykonywania usług ochroniarskich, logistycznych oraz prowadzenia przesłuchań.

Jeden z przypadków, któremu warto poświęcić uwagę, to zadania polegające na ochronie osób i obiektów. Przykład ten jest interesujący z dwóch powodów. Przejawy tego typu działalności pojawiają się najczęściej⁸⁷ i są wykonywane przez dużą liczbę *private military contractors*. Ze względu na swój defensywny charakter przynależność tego typu zadań do bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych jest podawana w wątpliwość.

Jak wynika z raportu przygotowanego w 2004 r. przez MKCK⁸⁸, znaczna część *private military contractors* działających na terytorium Iraku zatrudniona była przez CPA. Zgodnie z memorandum nr 5 z maja 2003 r.⁸⁹ kontraktorzy wykonujący swoje zadania na zlecenia CPA upoważnieni byli do posiadania różnego rodzaju broni palnej.

Samo posiadanie broni nie determinuje jednak bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, nawet jeżeli strażnicy noszą ją w strefie walk; takie wyposażenie może być podyktowane względami bezpieczeństwa i służyć do samoobrony. Użycie broni w celu odparcia nielegalnego i bezpośredniego ataku na dobra chronione przez PMCs nie będzie jednoznaczne z bezpośrednim udziałem w działaniach zbrojnych, nawet jeżeli atakującymi są jednostki strony przeciwnej posiadające status kombatanta. Należy jednak pamiętać, że użycie siły w odpowiedzi na legalny atak przeciwnika będzie skutkowało bezpośrednim udziałem w działaniach zbrojnych. O legalności ataku w tym przypadku decyduje fakt, czy chroniony obiekt spełnia warunki przewidziane dla celu wojskowego wymienione w art. 52 ust. 2 PD I.

Jak wynika z powyższego, zadania dotyczące ochrony osób i obiektów w swojej istocie nie zaliczają się do bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Jednak w pewnych okolicznościach status takich zadań może się zmienić, gdy siła zostaje użyta przeciwko legalnym działaniom przeciwnika – jest to wtedy równoznaczne z aktywnym zaangażowaniem się w walkę. Na podkreślenie zasługuje fakt, że według międzynarodowego prawa humanitarnego zaczepne

⁸⁷ Ze szczególnym uwzględnieniem konfliktu w Iraku z 2003 r.

⁸⁸ P. Walther, dz. cyt., s. 44.

⁸⁹ Tekst dostępny na www.en.wikisource.org/wiki/Mem_5:_Implementation_of_Weapons_Control_Order_3_with_Annex (dostęp: 18.04.2012).

i obronne akty przemocy wobec przeciwnika traktowane są jednakowo jako ataki⁹⁰.

Inaczej kwalifikują się przypadki, w których *private military contractors* angażują się w zadania związane z działaniami na systemach uzbrojenia (ang. *operations of weapon systems*). Tutaj istotny jest stopień powiązań przeprowadzanych operacji z trwającym lub planowanym użyciem tych systemów na polu bitwy. *Stricte* ofensywny charakter takich systemów wynika z samej ich natury. Można uznać to za pierwszą przesłankę wskazującą na możliwość zaliczenia takich przedsięwzięć do rodzaju bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych. Kolejną jest fakt, że systemy uzbrojenia w oczywisty sposób stanowią środek szkodliwy dla nieprzyjaciela i odgrywają istotną rolę w osiągnięciu zamierzonych celów wojskowych. W konsekwencji ich użycie jest ściśle powiązane z operacją militarną prowadzoną w ramach konfliktu zbrojnego oraz jednocześnie staje się kluczowym elementem łańcucha nakierowanego na stosowanie przemocy wobec sił strony przeciwnej.

Podsumowując: zadania związane z użytkowaniem systemów uzbrojenia, będące elementem prowadzonych operacji militarnych w ramach trwającego konfliktu zbrojnego, zaliczają się do bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych, niezależnie od rodzaju użytej siły oraz położenia geograficznego operatora względem strefy rażenia tychże systemów. W przypadku gdy operatorem jest osoba cywilna, jej udział w walce staje się nieuprawniony i osoba taka zyskuje status nielegalnego kombatanta⁹¹.

Przedstawione powyżej sytuacje są tylko nielicznymi przykładami ukazującymi możliwe powiązania między działaniami *private military contractors* a operacjami przeprowadzanymi w czasie trwania konfliktu zbrojnego. Należy podkreślić, że każdy przypadek potencjalnego bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych przez PMCs powinno się rozpatrywać osobno, gdyż granica legalności ich zadań bywa często bardzo cienka.

W międzynarodowym prawie humanitarnym konfliktów zbrojnych rozróżnia się cztery kategorie podmiotów, które opisane zostały w drugiej części niniejszego rozdziału. Dalej przedstawiono analizę

⁹⁰ Art. 49 ust. 1 PD I.

⁹¹ P. Walther, dz. cyt., s. 43.

poszczególnych przypadków z uwzględnieniem warunków wymaganych, aby zaliczyć PMCs do tychże kategorii.

PMCs jako kombatanci

Zasady kwalifikowania podmiotów jako kombatantów zawarte są w art. 43 PD I oraz art. 4A KG III. Analizując pierwszy z nich, można wskazać pięć czynników, które PMCs muszą spełnić, aby uzyskać status kombatanta. *Private military companies* oraz ich pracownicy muszą:

- być podporządkowani władzom państwa będącego stroną w międzynarodowym konflikcie zbrojnym;
- być uzbrojoną grupą lub oddziałem;
- być zorganizowani;
- podlegać dowództwu odpowiedzialnemu przed stroną konfliktu;
- podlegać wewnętrznemu systemowi dyscypliny⁹².

Ponadto jeżeli państwo zdecyduje się formalnie włączyć PMCs do swoich sił zbrojnych, nabywają oni status kombatanta *de jure* w myśl art. 43 PD I. Jeśli strona konfliktu nie dokona takiej inkorporacji, PMCs mogą uzyskać status kombatanta *de facto* w sytuacji, gdy spełnią powyższe warunki.

Pierwsze z opisywanych kryteriów wymaga ustalenia, czy *private military contractors* walczą w imieniu strony konfliktu, czy też nie. Jeśli prywatne firmy wojskowe są faktycznie połączone z regularnymi siłami zbrojnymi danego państwa, posiadają mandat do prowadzenia działań zbrojnych w jego imieniu. Innymi słowy, stają się one częścią sił zbrojnych, jeśli spełniają pozostałe warunki. Kluczowe w tym przypadku jest ustalenie, czy taki związek pomiędzy PMCs a uczestnikiem konfliktu faktycznie istnieje. Jeżeli PMCs wykonują zadania na zlecenie organów władzy danego państwa, stosują się do odpowiednich instrukcji wydanych przez zatrudniające państwo lub funkcjonują pod jego kontrolą, można uznać, że spełniają warunek walki w jego imieniu⁹³. Termin ten nie obejmuje jednak funkcji wspierających siły zbrojne, które są najczęściej wykonywane przez PMCs. W związku

⁹² Art. 43 ust. 1 PD I.

⁹³ P. Walther, dz. cyt., s. 24.

z powyższym jedynie niewielka ich liczba spełnia wymagania, o których mowa w omawianym warunku⁹⁴.

Kolejne dwa warunki sprowadzają się do tego, czy *private military companies* można zakwalifikować jako zorganizowane grupy zbrojne. Pod tym ostatnim rozumie się „grupę, której celem jest zaangażowanie się w walkę podczas konfliktu zbrojnego poprzez wspieranie kampanii wojskowej prowadzonej przez jedną ze stron”⁹⁵. Takie zaangażowanie musi się odznaczać zbiorowością, odpowiednią kontrolą oraz postępowaniem zgodnym z zasadami prawa wojennego.

Faktem jest, że PMCs posiadają ściśle określoną strukturę, a największe z nich zbliżone są nawet do hierarchii, jaka występuje w regularnych siłach zbrojnych⁹⁶. Warunek stawiany dla zorganizowanej grupy spełnia zatem większość prywatnych firm wojskowych, szczególnie jeśli weźmiemy pod uwagę ich zbiorowy charakter oraz stopień wewnętrznego zorganizowania⁹⁷. Jednak współcześnie zadania, których podejmują się PMCs na obszarach dotkniętych konfliktem zbrojnym, coraz rzadziej polegają na bezpośrednim i aktywnym angażowaniu się w walkę. Większość funkcji PMCs ogranicza się do zadań typowo wspierających działania zbrojne, tak więc tylko niektóre z *private military companies* można zakwalifikować jako zorganizowane grupy zbrojne, uwzględniając przy tym charakter prowadzonej przez nie działalności oraz wewnętrzną strukturę⁹⁸.

Kolejna kwestia dotyczy tego, na jakiej podstawie funkcjonowanie PMCs podlega kontroli i dowództwu danej strony w konflikcie. Czy fakt ten wynika z samego charakteru kontraktu zawieranego z państwem, czy PMCs muszą wchodzić w łańcuch dowodzenia sił zbrojnych tego państwa lub podlegać jego jurysdykcji? W praktyce jest to trudne do osiągnięcia, ponieważ wiele państw nie posiada eksterytorialnej jurysdykcji nad PMCs⁹⁹. Dopóki jednostki przynależące do *private military companies* nie są częścią struktury dowodzenia sił zbrojnych, dopóty

⁹⁴ Tamże.

⁹⁵ Tamże.

⁹⁶ Przykładem może być amerykańska korporacja *Academi* (dawniej: *Blackwater Worldwide*), w której skład wchodzi 10 instytucji odpowiedzialnych za poszczególne sfery jej działalności. Szerzej na stronie: www.en.wikipedia.org/wiki/Academi (dostęp: 18.04.2012).

⁹⁷ P. Walther, dz. cyt., s. 25.

⁹⁸ Tamże.

⁹⁹ Tamże.

ani państwo, ani jego dowódcy wojskowi nie mają nad nimi bezpośredniego zwierzchnictwa¹⁰⁰. W przypadku gdy *private military contractors* są częścią wojskowej struktury dowodzenia i podlegają pod sądownictwo wojskowe, wymóg ten jest oczywiście spełniony, jednakże takie przypadki występują stosunkowo rzadko. Oznacza to, że jest mało prawdopodobne, ale nie niemożliwe, by warunek podlegania pod dowództwo odpowiedzialne przed stroną konfliktu był spełniony przez PMCs.

Ostatni punkt konieczny do zakwalifikowania PMCs jako kombatanów w myśl art. 43 PD I odnosi się do kwestii wewnętrznego systemu dyscypliny. Warunek ten jest powiązany z nakazem przestrzegania praw i zwyczajów wojny¹⁰¹. Według komentarza MKCK wewnętrzny system dyscypliny obejmuje wojskowe prawo dyscyplinarne oraz wojskowe prawo karne¹⁰². Jak wynika z powyższych rozważań, *private military contractors* mogą spełnić ten warunek tylko w sytuacji, gdy stanowią część regularnych sił zbrojnych. W większości przypadków system dyscyplinarny PMCs ograniczony jest do stosowania jedynie kar umownych¹⁰³.

Istotny krok w kwestii regulacji tej problematyki został podjęty przez Stany Zjednoczone, które w 2000 r. wprowadziły *Military Extraterritorial Jurisdiction Act*¹⁰⁴ (MEJA). Członkowie regularnych sił zbrojnych i osoby zatrudnione za granicą przez Departament Obrony USA zostały poddane federalnej jurysdykcji w razie popełnienia niektórych przestępstw. Dokument ten powiązany jest z *Uniform Code of Military Justice*¹⁰⁵ (UCMJ), którego nowelizacja w 2006 r. rozszerzyła zakres jego oddziaływania także na kontrahentów zatrudnionych w sytuacjach działań interwencyjnych, rozciągając na nich zakres jurysdykcji wojskowej¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Przykładowo według *U.S. Field Manual* PMCs zatrudnieni przez Stany Zjednoczone nie stanowią z definicji elementu struktury dowodzenia sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych; zob. Tamże.

¹⁰¹ Art. 4A ust. 2 pkt d KG III.

¹⁰² P. Walther, dz. cyt., s. 26.

¹⁰³ Tamże.

¹⁰⁴ Tekst dokumentu dostępny na stronie: www.pubklaw.com/hi/pl106-523.pdf (dostęp: 18.04.2012).

¹⁰⁵ Tekst dokumentu dostępny na stronie: www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ucmj.htm (dostęp: 18.04.2012).

¹⁰⁶ P. Walther, dz. cyt., s. 26.

Jeżeli PMCs nie stanowią części regularnych sił zbrojnych na mocy prawa krajowego, przy określaniu ich statusu konieczne jest uwzględnienie wymienionych elementów w każdym indywidualnym przypadku. Jak wcześniej wspomniano, kwestię przynależności do kategorii kombatantów określa pośrednio także art. 4A KG III, wskazując osoby uprawnione do statusu jeńca wojennego, a tym samym posiadające prawo do miana kombatanta *de jure* (pkt 1) i *de facto* (pkt 2).

Określenie organów państwa, w tym struktury regularnych sił zbrojnych, czyli kombatantów *de jure*, spoczywa w gestii ustawodawstwa krajowego. To od państwa zależy, czy organizacje typu PMCs zostaną włączone w szeregi sił zbrojnych, jednak każdy akt inkorporacji musi być notyfikowany stronie przeciwnej¹⁰⁷. W takim przypadku *private military contractors* mają oczywiście pełne prawo do statusu kombatanta i wynikających z tego statusu przywilejów i obowiązków.

Odmienne prezentuje się kwestia statusu kombatanta *de facto*. Artykuł 4A ust. 2 KG III włącza do opisywanej kategorii także inne grupy zbrojne i oddziały ochotnicze, które nie są formalnie częścią sił zbrojnych strony konfliktu, lecz walczą z nią w koalicji. Można przyjąć, że pracownicy PMCs są ochotnikami, gdyż nabór do tego typu jednostek odbywa się na zasadzie dobrowolności. Fundamentalnym czynnikiem dla kombatantów *de facto* pozostaje jednak stopień powiązania z państwem będącym stroną w konflikcie. Według KG III muszą oni należeć do jednej ze stron, zaś według PD I wystarczy, że będą podlegać dowództwu odpowiedzialnemu przed stroną. Zdaniem niektórych ekspertów mało prawdopodobne jest, aby PMCs należały do strony konfliktu, jednak z komentarza MKCK do art. 4A ust. 2 wynika, że warunek faktycznego związku pomiędzy państwem a nieregularnymi oddziałami jest spełniony, gdy nie ma wątpliwości, po której stronie oddziały te walczą¹⁰⁸. Należy przyjąć, że przynajmniej część PMCs zatrudnionych przez państwa do bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych spełnia warunki przewidziane dla kombatantów *de facto* w art. 4A ust. 2 KG III.

Podsumowując: *private military contractors* mogą zyskać status kombatanta poprzez członkostwo w regularnych siłach zbrojnych strony konfliktu lub bezpośrednie z nią powiązanie opisane powyżej.

¹⁰⁷ Wymóg ten jest zawarty w art. 43 ust. 3 PD I.

¹⁰⁸ P. Walther, dz. cyt., s. 28.

Inkorporacja tego typu organizacji do regularnych sił zbrojnych występuje jednak bardzo rzadko i w swojej naturze zaprzecza charakterowi outsourcingu, który jest głównym czynnikiem skłaniającym do zatrudniania PMCs. Status kombatanta przysługuje jedynie pracownikom zatrudnionym przez państwa, gdyż tylko oni mogą w określonych przypadkach spełniać wymogi stawiane w tym względzie przez MPH. Jak wskazują eksperci, większość *private military contractors*, bo aż 80%, funkcjonuje na podstawie umów zawieranych z podmiotami innymi niż państwo, takimi jak ponadnarodowe korporacje, organizacje pozarządowe czy prywatne firmy¹⁰⁹. Jeśli zatrudnione przez te podmioty osoby nie są uprawnione do statusu kombatanta, zgodnie z zasadą rozróżniania automatycznie obejmuje ich kategoria niekombatantów.

PMCs jako osoby cywilne towarzyszące siłom zbrojnym oraz zwykłe osoby cywilne

Zasada, w myśl której osobom towarzyszącym siłom zbrojnym, lecz niebędącym ich częścią przysługuje prawo do statusu jeńcy wojennego, jest znana od samego początku prób skodyfikowania prawa wojennego¹¹⁰. Została ona także uwzględniona w art. 4A ust. 4 KG III. Z punktu widzenia MPH pozycja takich osób jest jasna: nie są członkami regularnych sił zbrojnych, nie mają prawa do statusu kombatanta, jednak w razie dostania się w ręce nieprzyjaciela przysługuje im prawo do statusu jeńcy wojennego. Z kolei KG III nie precyzuje, kogo konkretnie ten wyjątek może dotyczyć, gdyż lista podmiotów wymieniona w art. 4A nie ma charakteru enumeratywnego. Na podstawie cywilnego statusu takich podmiotów oraz profilu ich działań wymienionych w Konwencji (z wyjątkiem cywilnych członków załóg samolotów wojskowych) można jednak domniemywać, że z tej

¹⁰⁹ Tamże, s. 30.

¹¹⁰ Zob. np. art. 50. *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code)*. 24.04.1863 r., art. 34. *Project of an International Declaration Concerning the Laws and Customs of War* (Deklaracja brukselska) Bruksela, 27.08.1874 r., art. 13. *Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land* (Regulamin haski), Haga 18.10.1907 r. Dokumenty dostępne na stronie: www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO?OpenView (dostęp: 18.04.2012).

kategorii wykluczone zostały osoby bezpośrednio zaangażowane w działania zbrojne¹¹¹.

KG III w art. 4A ust. 4 nakłada na osoby cywilne towarzyszące siłom zbrojnym obowiązek posiadania odpowiedniego upoważnienia. W tym celu siły zbrojne są zobowiązane wydać im stosowną kartę tożsamości. Jak wskazuje E.-Ch. Gillard, posiadanie takiej karty jest jednak tylko dodatkowym zabezpieczeniem dla osób zainteresowanych i samo w sobie nie stanowi warunku niezbędnego do przyznania danej osobie statusu jeńca wojennego. Warunek zostanie uznany za spełniony w przypadku wydania zezwolenia, a karta może być jedynie środkiem pomocniczym potwierdzającym ten fakt. W odniesieniu do personelu *private military companies* wydaje się mało prawdopodobne, aby istnienie umowy stanowiącej podstawę funkcjonowania PMCs było jednoznaczne z posiadaniem odpowiedniej autoryzacji, o której mowa w Konwencji¹¹². Część ekspertów jest zdania, że państwo nie może nadać zatrudnionym przez siebie PMCs opisywanego statusu jedynie poprzez wydanie im karty identyfikacyjnej, i wskazuje na konieczność wystąpienia formalnego związku z siłami zbrojnymi tego państwa¹¹³. Ponadto *private military contractors* powinni świadczyć usługi siłom zbrojnym, a nie tylko wykonywać kontrakt w stosunku do państwa, które ich zatrudniło¹¹⁴.

Dyskusyjna jest również pozycja osób cywilnych towarzyszących siłom zbrojnym w przypadku bezpośredniego zaangażowania w działania zbrojne. Jak już wspomniano, dominuje pogląd, że osoby te tracą wtedy prawo do statusu jeńcy wojennego, jednak na ten temat występują zróżnicowane opinie.

Na tej podstawie można wyciągnąć wniosek, że *private military contractors* świadczący dla sił zbrojnych usługi (z wyjątkiem tych, które stanowią bezpośredni udział w działaniach zbrojnych) mogą kwalifikować się do omawianej kategorii pod warunkiem otrzymania odpowiedniego upoważnienia od danego państwa.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że status osoby cywilnej towarzyszącej siłom zbrojnym mogą uzyskać jedynie *private military contractors* zatrudnieni na podstawie umowy zawartej z państwem. Taki

¹¹¹ E.-Ch. Gillard, dz. cyt., s. 537.

¹¹² Tamże.

¹¹³ Tamże.

¹¹⁴ A. Szpak, *Status prawny...*, dz. cyt., s. 8.

charakter ma jednak zaledwie 20% kontraktów zawieranych z PMCs. Kluczowym pytaniem jest, jaki status w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego przysługuje pozostałym *private military contractors*.

Do kategorii zwykłych osób cywilnych zaliczają się wszyscy *private military contractors* zatrudnieni przez państwo, którzy nie spełniają warunków wymaganych, aby zakwalifikować ich jako kombatantów bądź osoby cywilne towarzyszące siłom zbrojnym¹¹⁵. Status ten przysługuje także pracownikom funkcjonującym na podstawie kontraktu zawartego z innym podmiotem niż państwo¹¹⁶. Ich bezpośredni udział w działaniach zbrojnych (na przykład poprzez ochronę obiektów i instalacji wojskowych) powoduje jednak utratę immunitetu, jak już wskazano wcześniej.

Private military contractors, którzy biorą w sposób nieuprawniony bezpośredni udział w działaniach zbrojnych, kwalifikują się jako nielegalni kombatanci i stają się celem ataków nieprzyjaciela do czasu porzucenia funkcji o charakterze bojowym. Mogą być ścigani za poważne naruszenie MPH, a także, gdy takie zachowanie penalizuje prawo krajowe, za sam nielegalny udział w działaniach zbrojnych¹¹⁷.

PMCs jako najemnicy

Prowadząc rozważania na temat statusu *private military contractors*, nie sposób nie odnieść się do głosów uznających ich za najemników. Kwestia najemników od dawna budzi kontrowersje¹¹⁸. Z punktu widzenia międzynarodowego prawa humanitarnego najemnictwo i fakt bycia najemnikiem nie jest naruszeniem konwencji genewskich czy PD I, a co za tym idzie – nie powoduje międzynarodowej odpowiedzialności

¹¹⁵ Szerzej na temat PMCs jako zwykłych osób cywilnych zob. L. Cameron, *Private Military Companies: Their Status under International Humanitarian Law and its Impact on Their Regulation*, „IRoRC” 2006, vol. 88, no. 863, s. 573 i n.

¹¹⁶ E.-Ch. Gillard, dz. cyt., s. 539.

¹¹⁷ P. Walther, dz. cyt., s. 38.

¹¹⁸ Na konferencji dyplomatycznej w latach 1974–1977, której zwieńczeniem był PD I, właśnie kwestia najemników była najbardziej sporna. Będący podstawą dyskusji projekt MKCK nie zawierał żadnego postanowienia w tym przedmiocie. Włączenie do Protokołu nowego przepisu nastąpiło z inicjatywy państw afrykańskich. Zob. R. Bierzaniek, dz. cyt., s. 148.

karnej¹¹⁹. Konsekwencją takiej postawy jest jedynie niemożność korzystania ze statusu jeńca wojennego w przypadku dostania się w ręce nieprzyjaciela. Najemnik, który wypełnia wszystkie warunki stawiane przez przepisy PD I, może zostać pociągnięty do odpowiedzialności na podstawie MPH za nieuprawniony udział w działaniach zbrojnych¹²⁰, jednak odpowiedzialność karna za sam fakt bycia najemnikiem jest możliwa tylko wtedy, gdy najemnictwo jest zabronione w świetle wewnętrznego prawa danego państwa¹²¹. Uznanie wszystkich pracowników *private military companies* za najemników jest daleko idącym nadużyciem. W myśl MPH mianem najemnika można określić jedynie osobę, która spełnia wszystkie warunki wymienione w art. 47 ust. 2 PD I, a każdy przypadek musi być rozpatrywany indywidualnie.

Opierając się na przykładach działalności *private military contractors* w Iraku po 2003 r., można sformułować wniosek, że zdarzały się wśród nich pojedyncze osoby, które spełniały kryteria definicji z art. 47 ust. 2 PD I¹²². W tym miejscu można rozważyć hipotetyczny, lecz całkiem prawdopodobny przypadek obywatela Republiki Południowej Afryki, który jako były żołnierz sił specjalnych został zatrudniony do ochrony osób w Iraku. W celu ustalenia, czy taka osoba spełnia warunki przewidziane dla najemnika, należy rozpatrzyć kolejno każdy z wymienionych wcześniej elementów.

Pierwsze pytanie dotyczy tego, czy osoba ta została specjalnie zwierzbowana po to, by walczyć w konflikcie zbrojnym. W myśl art. 49 ust. 1 PD I atakiem są zarówno działania obronne, jak i zaczepne, a zatem jeżeli PMCs wynajęty do ochrony osoby pełniącej funkcję wojskową zaangażuje się w walkę w celu odparcia legalnego ataku¹²³,

¹¹⁹ Zob. Statut MTK, Rzym, 17.07.1998 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78 poz. 708). Odmienne stanowisko zawierają dwie tzw. *mercenary conventions* obowiązujące w części państw afrykańskich.

¹²⁰ Osoba będąca najemnikiem może być sądzona i ukarana za zabójstwo, jeżeli w przypadku bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych zabije legalnego kombatanta.

¹²¹ L. Cameron, dz. cyt., s. 577 i 578.

¹²² Tamże, s. 581.

¹²³ Podczas konfliktu w Iraku doszło do kilku oczywistych przypadków bezpośredniego zaangażowania się pracowników PMCs w walkę. Przykładem może być wydarzenie z kwietnia 2004 r. z An-Nadżaf, gdzie ośmiu członków *Blackwater* starło się z irackimi żołnierzami. Po wystrzeleniu kilku tysięcy pocisków zwrócili się do firmy o przysłanie śmigłowca i to nie w celu ewakuacji, ale dostarczenia większej ilości amunicji. Szerzej na ten temat zob. D. Bastrow, *Security Firm Says its Workers Were Lured into Iraqi Ambush*, „New York Times” z 9.04.2004 r., s. A1.

może jednocześnie spełniać warunki zawarte w art. 47 ust. 2 pkt a i b¹²⁴. Trzecie kryterium dotyczy wynagrodzenia przyznawanego *private military contractors*. Jak podaje L. Cameron, osoby pełniące funkcje ochrony przedstawicieli amerykańskiego dowództwa zarabiali nawet do 2 tys. dolarów dziennie, co znacznie przewyższało miesięczne zarobki szeregowego żołnierza armii Stanów Zjednoczonych¹²⁵. W takiej sytuacji trzeci warunek można uznać za spełniony. W opisywanym przykładzie były komandos z RPA wypełnia także znamiona zawarte w punkcie czwartym, gdyż nie posiada obywatelstwa strony konfliktu ani nie jest stałym mieszkańcem tego terytorium. Kolejne kryterium wyklucza z definicji najemnika osoby, które zostały włączone do sił zbrojnych strony konfliktu. Przyjmując, że w tym przypadku taka sytuacja nie miała miejsca, również ten warunek został spełniony. Wreszcie RPA nie wysyłała do Iraku w oficjalnych misjach urzędowych przedstawicieli swoich sił zbrojnych ani byłych żołnierzy, co w konsekwencji przesądza o wypełnieniu wymogu z ostatniego punktu.

Nie można zatem wykluczyć, że niektórzy spośród *private military contractors* zatrudnionych w Iraku w swoim charakterze mieścili się w zakresie konwencyjnej definicji najemnika. Jednak kształt jej warunków stawia tysiące obywateli Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Iraku pracujących dla tego typu korporacji poza zakresem art. 47 PD I. Ponadto złożoność omawianej definicji wyklucza jej funkcjonowanie w warunkach międzynarodowego konfliktu zbrojnego.

Status prawny PMCs – wnioski

Przeprowadzona analiza ukazuje, że w międzynarodowym prawie humanitarnym nie występuje luka dotycząca działalności *private military contractors*. Każda osoba uczestnicząca w konflikcie zbrojnym posiada określony status prawny. Jeśli członkowie PMCs nie spełniają warunków przewidzianych dla kombatantów, automatycznie kwalifikowani są jako osoby cywilne, a powyższe stwierdzenie nie powinno budzić żadnych wątpliwości.

¹²⁴ L. Cameron, dz. cyt., s. 581.

¹²⁵ Tamże.

Problematiczny jednak pozostaje brak możliwości jednoznacznego zaszeregowania wszystkich *private military contractors* do jednej z góry określonej kategorii osób, gdyż każdy przypadek musi być rozpatrywany indywidualnie. Analizując poszczególne przykłady, można jednak skonstatować, że większość jednostek zaliczanych do PMCs nie jest uprawniona do statusu kombatanta, a zatem nie może bezpośrednio uczestniczyć w działaniach zbrojnych. Aby uzyskać ten status, prywatne podmioty musiałyby zostać włączone do regularnych sił zbrojnych, o czym należałoby poinformować stronę przeciwną. Takie zdarzenia w praktyce jednak nie występują.

Najczęściej *private military contractors* będą posiadać status osób cywilnych, ewentualnie osób cywilnych towarzyszących siłom zbrojnym, jeżeli państwo będące stroną konfliktu wystawi im odpowiednie upoważnienie. Różnica jest taka, że osobom cywilnym towarzyszącym siłom zbrojnym przysługuje prawo do statusu jeńcy wojennego po ujęciu przez siły strony przeciwnej.

Niewykluczone, że wśród *private military contractors* znajdą się osoby, które spełniają wszystkie warunki przewidziane dla najemników. Złożoność definicji najemnika sprawia jednak, że przypadki te należy uznać za sporadyczne. Ponadto trudności w odróżnieniu najemnika od kombatanta w razie ujęcia takiej osoby wymuszają traktowanie z domniemaniem, że przysługuje jej status jeńcy wojennego, do czasu ustalenia przez odpowiedni sąd, że zachodzi sytuacja wyczerpująca znamiona dyspozycji z art. 47 PD I²⁶.

Posiadany status określa zadania, jakie w ramach międzynarodowego konfliktu zbrojnego mogą być wykonywane przez PMCs. W większości przypadków zadania te nie powinny mieć charakteru bojowego z uwagi na fakt, że znaczna część osób zakwalifikowana zostanie jako niekombatanci. Wprawdzie funkcje pełnione przez *private military contractors* na ogół wpisują się w ten schemat, jednak bliskość strefy walk oraz przebywanie w obrębie celów wojskowych może narażać te osoby na niebezpieczeństwo ataku.

¹²⁶ Art. 5 KG III.

Podsumowanie

Zrekonstruowany zakres zadań podejmowanych przez *private military contractors* jest bardzo szeroki. W praktyce w trakcie ich wykonywania niejednokrotnie dochodziło do nadużyć, szczególnie w sferze poszanowania praw człowieka. W związku z faktem, że znaczna część prywatnych kontraktorów nie zalicza się do regularnych sił zbrojnych, pojawiały się liczne pytania dotyczące tego, kto może sprawować nad nimi nadzór i egzekwować prawa. Normy międzynarodowego prawa humanitarnego określają prawa i obowiązki różnych kategorii podmiotów w sytuacji konfliktu zbrojnego. Ustalenie, które z tych praw i obowiązków przynależą *private military contractors*, uzależnione jest od przyporządkowania ich do określonego rodzaju podmiotów.

W świetle przedstawionych rozważań należy wyraźnie podkreślić, że PMCs nie działają w luce prawnej. Nieprawdziwym jest zatem stwierdzenie, że prywatni kontraktorzy wojskowi funkcjonują poza prawem i wszelką kontrolą, a określenie ich statusu prawnego, zakresu kompetencji i zasad odpowiedzialności wymyka się tradycyjnym ramom prawa międzynarodowego.

Tym niemniej z przeprowadzonej analizy wynika, że niemożliwe jest jednoznaczne określenie statusu obejmującego wszystkich spotykanych w praktyce *private military contractors*. Każdy przypadek wymaga osobnego rozważenia. Spowodowane jest to dużą liczbą zmieniających okoliczności związanych z trybem zatrudnienia i działalnością PMCs. Aby zaliczyć daną osobę lub grupę osób do konkretnej kategorii podmiotów uregulowanych normami MPH, muszą zostać spełnione określone tym prawem warunki. Jeżeli warunki kombatanckie przewidziane przez KG III z 1949 r. oraz PD I z 1977 r. nie zostaną spełnione przez PMCs, automatycznie kwalifikują się oni jako niekombatanci. Autor podziela w tym zakresie stanowisko prezentowane przez większość ekspertów, zgodnie z którym przeważająca część *private military contractors* nie wyczerpuje znamion niezbędnych do zaszeregowania ich jako kombatanatów bądź najemników. W tej sytuacji PMCs najczęściej będą posiadać status zwykłych osób cywilnych lub – znacznie rzadziej – osób cywilnych towarzyszących siłom zbrojnym. Fakt bycia cywilem pociąga za sobą wszystkie konsekwencje z tego wynikające, ze wskazaniem na ochronę przed atakiem wypływającą

z międzynarodowego prawa humanitarnego. Jednocześnie we wskazanym przypadku PMCs nie mogą w sposób legalny bezpośrednio uczestniczyć w działaniach zbrojnych.

Odpowiedzialność za działania *private military contractors* spoczywa głównie na państwie zatrudniającym. W jego gestii leży zapewnienie poszanowania prawa humanitarnego i praw człowieka. Gdy dojdzie do naruszeń, państwo zobowiązane jest do ścigania i ukarania sprawców, a także wypłaty stosownego odszkodowania. W przypadku popełnienia zbrodni wojennej obowiązek poszukiwania sprawców spoczywa także na wszystkich państwach, które ratyfikowały traktaty z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego. Ponadto niezależnie od statusu członkowie *private military companies* mogą zostać pociągnięci do indywidualnej odpowiedzialności karnej przed MTK, o ile państwo, do którego przynależą, uznało wcześniej jego jurysdykcję w odniesieniu do osób pozostających pod jego władzą.

Wobec rozbieżności prezentowanych rozwiązań prawnych w zakresie statusu PMCs szczególnego znaczenia nabiera implementacja założeń i dobrych praktyk przewidzianych w *The Montreux Document*.

O AUTORACH

Wojciech Bieńkowski – dr, adiunkt w Studium Edukacji Obronnej Uniwersytetu Medycznego w Łodzi.

Patrycja Grzebyk – dr, adiunkt w Zakładzie Studiów Strategicznych Instytutu Stosunków Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego; stypendystka Fundacji Nauki Polskiej oraz Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

Krzysztof Ligęza – kmdr dr, Instytut Operacji Morskich, Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni.

Piotr Łaski – dr hab., kierownik Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński.

Elżbieta Karska – dr hab., kierownik Katedry Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego, Instytut Prawa Międzynarodowego, Unii Europejskiej i Stosunków Międzynarodowych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

Karol Karski – dr hab., Zakład Międzynarodowego Prawa Publicznego, Instytut Prawa Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Łukasz Kurecki – absolwent studiów licencjackich na kierunku bezpieczeństwo narodowe na Wydziale Dowodzenia i Operacji Morskich Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni.

Marcin Marcinko – dr, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego, Uniwersytet Jagielloński.

Joanna Markiewicz-Stanny – dr, adiunkt w Instytucie Politologii, Wydział Humanistyczny, Uniwersytet Zielonogórski.

Jerzy Menkes – prof. dr hab., kierownik katedry, Katedra Prawa Międzynarodowego i Międzynarodowych Organizacji Gospodarczych, Szkoła Główna Handlowa.

Marcin Menkes – dr, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego, Kolegium Zarządzania i Finansów, Szkoła Główna Handlowa, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych.

Milena Stenka – mgr, doktorantka europeistyki na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

Agnieszka Szpak – dr, adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.

Marta Szuniewicz – dr, adiunkt w Zakładzie Prawa Morza i Bezpieczeństwa Morskiego Państwa, Instytut Bezpieczeństwa Narodowego, Wydział Dowodzenia i Operacji Morskich Akademii Marynarki Wojennej w Gdyni.

Milena van Voorden – mgr, doktorantka w Katedrze Procesu Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

Bartosz Wołodkiewicz – student prawa i filozofii w ramach Międzywydziałowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych Uniwersytetu Warszawskiego.

INDEKS RZECZOWY

(oprac. M. Szuniewicz)

A

agresja [patrz: zbrodnia agresji]

Al-Jedda 240, 241, 242, 244, 245 (24), 246, 248, 249, 250, 252, 255, 264, 267
zob. *Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC)*

Al-Kaida 82, 83, 84, 85, 86, 87, 93, 96, 97, 99, 101–126, 133 (22), 135, 141
zob. *terroryzm*

Al-Skeini 63, 240, 241, 242, 245, 246, 248, 250, 262, 264, 267
zob. *Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC)*

B

bezpośredni udział w działaniach zbrojnych 37, 38, 39, 44, 46 (1)

bezzałogowe aparaty latające (BAL) 34, 35, 40, 67, 135, 146 (44), 147–166, 167, 321

broń (bronie) 32, 36–39, 49, 53, 54, 59, 60, 65, 68 (5), 70, 77, 108, 110, 150, 151, 153, 158, 159, 160, 161, 163, 165–166, 328, 333, 337
– broń masowego rażenia (masowej zagłady) 151, 153
– broń jądrowa (nuklearna) 70

C

cel wojskowy (militarny) 18, 27, 35, 36, 37, 39, 43, 48 (10),
73 (22), 80, 82, 83, 92, 106, 107, 108, 111, 113, 115, 116, 125,
135, 137, 145, 151, 153, 157, 159, 162, 163, 164, 312, 320, 326,
327, 334, 336, 337, 338, 348
zob. dobra (obiekty) o charakterze cywilnym
zob. cywilna osoba/obiekt
zob. rozróżnianie (zasada)

cywilna osoba/obiekt

- osoby cywilne 26, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 44, 48, 51, 52,
64, 73, 79, 88, 100, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114,
115, 135, 136, 149, 154, 157, 162, 163, 164, 165, 167, 224,
236, 245, 310, 312, 313, 315, 321, 326, 327, 328, 329,
330, 332, 335, 336, 338, 343–350
- dobra (obiekty) o charakterze cywilnym 26, 28, 35,
38–39, 100, 107, 108, 115, 163, 164, 165
zob. cel wojskowy
zob. rozróżnianie (zasada)

Czerwony Krzyż 43, 103, 109, 110, 113, 114, 176, 210, 304, 306,
307, 310, 312, 314, 337, 341, 342
– symbol (znak) czerwonego krzyża 176
– Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK)
41, 43, 103, 109, 110, 113, 114, 210, 304, 306, 307, 310,
312, 314, 337, 341, 342

D

drony *[patrz: bezzałogowe aparaty latające (BAL)]*

dyscyplina wojskowa 14, 169, 172, 174, 180, 182 (30), 203, 223,
224, 225, 229, 230, 232, 235, 236, 308, 341
– dyscyplinarna odpowiedzialność 169, 213, 228

E

eksterytorialność 90, 92, 111, 121, 122, 340

- prowadzenie walki z terroryzmem 90, 111 (111)
- ściganie terrorystów 92
- stosowanie zobowiązań z praw człowieka 121
- jurysdykcja 122, 340

Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC) 48, 49, 50, 51, 52, 53, 61, 62, 63, 241, 245, 249, 250, 254, 256, 262, 264, 265, 267
zob. prawa człowieka
zob. odpowiedzialność
zob. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC)

Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) 49, 50, 51, 52, 60, 61, 62, 63, 241, 242, 247, 248, 249, 250, 253, 255–268
zob. prawa człowieka
zob. odpowiedzialność
zob. Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC)
zob. Al-Skeini
zob. Al-Jedda

I

internowanie 244, 245, 246, 249, 253, 256, 257, 259, 264, 265, 314

interwencja 42, 90, 302, 322, 341

ius ad bellum 96, 99, 100, 101, 123

ius cogens 254, 269, 272

ius in bello 99, 100, 101, 123, 326

J

jeńcy wojenni 36, 104, 108, 110, 111, 112, 175, 195, 208, 311, 321, 326, 329, 330, 332, 342, 343, 344, 346, 348
– status 36, 104, 108, 110, 111, 311, 326, 329, 330, 332, 342, 343, 344, 346, 348
zob. kombatant

K

Karta Narodów Zjednoczonych 22, 23, 68, 69, 70, 72, 85, 86, 87, 88, 91, 96, 132, 201, 244, 251, 253, 355, 256, 264, 265, 266, 277, 280, 290, 300
zob. Organizacja Narodów Zjednoczonych

klauzula Martensa 32

kombatant 34, 35–39, 43, 44, 48, 52, 97, 100, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 133, 135, 162, 311, 312, 314, 326–343, 345, 347, 348, 349
– nielegalny kombatant 110, 111, 112, 136, 137, 345
– nie-kombatant 27, 28, 48, 107, 326, 327, 343, 348
zob. jeńcy wojenni
zob. cywilna osoba/obiekt
zob. rozróżnianie (zasada)

konieczność wojskowa 36, 39, 44, 68, 69, 101, 115, 116, 124, 134, 165

korzyść wojskowa (wojenna) 35, 43, 44, 64, 73, 115, 137, 150, 162, 163

L

ludność cywilna
zob. cywilna (osoba)

ludobójstwo 17, 27, 193, 198, 199, 200, 201, 210, 213, 220, 254
zob. zbrodnie

zob. odpowiedzialność
zob. trybunały międzynarodowe

M

Międzynarodowy Trybunał Karny (MTK) *[patrz: trybunały międzynarodowe]*

Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS)
[patrz: trybunały międzynarodowe]

misje pokojowe *[patrz: operacje wojskowe]*

N

najemnicy 328, 330–332, 345–347, 348, 349

NATO (Sojusz Północnoatlantycki) 50, 63, 257, 258, 278, 279,
282, 283, 290, 293, 296, 297, 298 300
zob. samoobrona zbiorowa (kolektywna)

„Neptune Spear” 75, 80, 81, 82, 90, 92, 94, 116, 119, 120, 123

nielegalny kombatant *[patrz: kombatant]*

niemiędzynarodowy konflikt zbrojny 35, 43, 97, 98, 99, 104,
105, 112, 113, 124, 132, 133, 136, 210, 302–314, 317, 336, 347

Norymberga

- Międzynarodowy Trybunał Wojskowy *[patrz: trybunały międzynarodowe]*
- zasady norymberskie
zob. zbrodnie
zob. odpowiedzialność

O

odpowiedzialność 19, 22, 25, 48, 52, 56, 61, 73, 74, 88, 91, 100, 101, 104, 106, 107, 108, 129, 130, 132, 137, 169, 170, 171, 173, 174, 176, 177, 178, 181, 182, 183, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 200, 201, 203, 204, 206, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 225, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 238, 239, 240–268, 270, 271, 304, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 315, 322, 325, 328, 330, 345–346, 349, 350

- odpowiedzialność państwa 56, 73, 74, 91, 101, 132, 240–268, 270, 314, 325, 350
- odpowiedzialność karna 19, 25, 52, 108, 137, 170, 171, 173, 174, 176, 177, 178, 181, 182, 183, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 200, 203, 204, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 225, 228, 229, 230, 232, 235, 238, 239, 246, 304, 308, 309, 311, 312, 330, 345–346
- odpowiedzialność za wydanie bezprawnego rozkazu [*patrz: rozkaz wojskowy*]
- odpowiedzialność za wykonanie bezprawnego rozkazu [*patrz: rozkaz wojskowy*]
- odpowiedzialność za niewykonanie rozkazu [*patrz: rozkaz wojskowy*]
- odpowiedzialność dyscyplinarna [*patrz: dyscyplina wojskowa*]

zob. trybunały międzynarodowe
zob. zbrodnie

okręty 78, 175, 177, 181

- okręty podwodne 175, 177, 181

okupacja 57, 185, 248, 249, 256, 259, 271

operacje wojskowe 13, 14, 37, 38, 63, 72, 78, 80, 81, 82, 86, 89, 90, 92, 94, 95, 96, 106, 107, 108, 109, 110, 115, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 133, 144, 145, 164, 242, 244, 258, 260, 267, 268
– operacje pokojowe (*peacekeeping operations*, PO) 242, 249, 251, 260, 278, 279, 284, 287, 294
– operacje wymuszenia pokoju (*peace support operations*, PSO) 121, 260, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299
zob. Organizacja Narodów Zjednoczonych

Organizacja Narodów Zjednoczonych 19, 31, 53, 57, 59, 87, 93, 121, 125, 189, 190, 191, 193, 201, 211, 242, 244, 246, 249, 250, 251, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 267, 268, 276–301, 310
– Rada Bezpieczeństwa 31, 93, 125, 251, 253, 255, 257, 267, 276, 277, 280, 282, 285, 288, 290, 293, 294, 295, 297, 300
– misje Narodów Zjednoczonych [*patrz: operacje wojskowe*]
– UNAMI 251, 257, 261, 265
– UNOSOM II 258, 260
zob. Karta Narodów Zjednoczonych

Osama bin Laden 71, 72, 75, 76, 80, 81, 82, 83, 85, 90, 93, 94 (53), 96, 106, 109, 110, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125
zob. Al-Kaida
zob. „Neptune Spear”
zob. terroryzm

P

pokojowe operacje (*peacekeeping operations*) [*patrz: operacje wojskowe*]

prawa człowieka 9, 28, 37, 43, 46, 48, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 63, 64, 65, 67, 79, 96, 99, 100, 101, 117, 119, 120, 121, 123, 124, 137, 145, 146, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 260, 262, 264, 265, 266, 268, 275, 278, 313, 322, 331, 336, 349, 350
– międzynarodowe prawo praw człowieka 9, 37, 43, 47, 48, 51, 53, 55, 57, 58, 79, 96, 99, 100, 101, 117, 119, 120, 123, 124, 137, 244, 246, 247, 248, 249, 265
– ograniczenia 28
– naruszenia 62, 243, 247, 266, 322, 350
– ochrona 47, 48, 53, 54, 55, 56, 62, 63, 65, 251, 253, 262, 264, 265, 268, 313
zob. Europejska Konwencja Praw Człowieka
zob. Europejski Trybunał Praw Człowieka

private military contractors (PMCs) 199, 316–350
zob. rozróżnianie (zasada)
zob. jeńcy wojenni

proporcjonalność (zasada proporcjonalności) 35, 36, 39, 40, 43, 44, 49, 50, 57, 58, 68, 69, 70, 72, 89, 92, 95, 101, 115, 116, 119, 123, 124, 134

R

Rada Bezpieczeństwa [patrz: *Organizacja Narodów Zjednoczonych*]

rozbitkowie 175, 176

rozkaz wojskowy 12, 14, 32, 38, 73, 157, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 203, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 258

- rozkaz bezprawny 169–173, 177, 179 (22), 180, 181, 182 (30), 183, 184, 185, 187, 188, 189, 191, 192, 197, 203, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 228, 229, 230, 231, 232, 235, 236, 237, 239
 - odpowiedzialność za wydanie bezprawnego rozkazu 205–221
 - odpowiedzialność za wykonanie bezprawnego rozkazu 168–204
 - odpowiedzialność za niewykonanie rozkazu 169, 170, 172 (6), 184, 229, 230, 231, 232–239
 - odpowiedzialność dyscyplinarna *[patrz: dyscyplina wojskowa]*
- zob. trybunały międzynarodowe*

rozdóżnianie (zasada) 35, 39, 43, 73, 107, 108, 110, 111, 115, 116, 124, 162–165, 215, 229, 326, 327, 330, 338, 343
zob. cel wojskowy (militarny)
zob. cywilna osoba/obiekt
zob. kombatant

S

samoobrona 21, 22, 23, 31, 50, 52, 53, 57, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 80, 82, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 99, 100, 101, 123, 131, 132, 252, 337

- samoobrona indywidualna 22, 23, 69, 131
- samoobrona zbiorowa (kolektywna) 21, 22, 23, 69, 131
- samoobrona prewencyjna 69
- konieczność samoobrony 68, 123
- proporcjonalność samoobrony 95, 123

selektywna eliminacja (*targeted killing*) 12, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 54, 55, 57, 60, 62, 64, 66, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 90, 94, 95, 96, 99, 100, 102, 105, 106, 107, 109, 111, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 127, 133 (22), 134, 144, 145, 152, 153, 154, 155, 156, 199
zob. *cel wojskowy*
zob. *rozdzielanie (zasada)*
zob. *terroryzm (wojna z terroryzmem)*

Ś

śledztwo (skuteczne dochodzenie) 58, 60–63, 64, 84, 154, 245, 246, 260, 323

śmiercionośna siła (użycie) 9, 36, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 62, 63, 65, 77, 78, 87, 101, 107, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 124, 152, 159

T

targeted killing [patrz: *selektywna eliminacja*]

terroryzm 10, 26, 27, 28, 29, 31, 34, 38, 39, 40, 41, 42, 46, 49, 51, 52, 54, 56, 58, 59, 62, 65, 66, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83–86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 111, 117, 118, 120, 121, 125, 127, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 153, 156, 245, 252, 266
– ugrupowanie (grupa, organizacja) terrorystyczne 26, 49, 66, 67, 71, 80, 86, 87, 88, 89, 91, 92, 97, 98, 100, 102, 117, 118, 132, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 145, 156
– ataki (zamachy) terrorystyczne 31, 33, 38, 39, 54, 56, 58, 59, 62, 71, 82, 85, 89, 96, 97, 98, 100, 101, 103, 111, 118, 120, 121, 125, 132, 133, 137
– zagrożenia terrorystyczne 10, 29, 58, 78, 88, 132, 141, 156

- wojna z terroryzmem 40, 41, 42, 46, 65, 66, 73, 77, 80, 81, 83–86, 90, 96, 98, 101, 103, 105, 106, 118, 125, 131, 133, 134, 141, 142
- działania antyterrorystyczne 76, 90, 95, 96, 118, 131, 134, 143, 144, 145, 252
- zob. Al-Kaida*
- zob. Osama bin Laden*

trybunały międzynarodowe

- Międzynarodowy Trybunał Wojskowy 181–185, 187–190, 192, 208, 209, 215, 216, 218
- Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii (MTKJ) 192, 194, 195, 196, 203, 211, 213, 214, 217, 218, 309, 330
- Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (MTKR) 192, 194, 203, 211, 214, 218, 219, 309, 333
- Międzynarodowy Trybunał Karny 31, 101–102, 193, 197–202, 204, 216, 218, 219, 220, 303, 308, 309, 350
- Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) 131, 132, 247, 248, 260, 261, 272, 306
- zob. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC)*
- zob. zbrodnie*
- zob. odpowiedzialność (karna)*

U

Unmanned Aerial Vehicle (UAV) [patrz: bezzałogowe aparaty latające (BAL)]

użycie siły 13, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 30, 37, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 70, 78, 79, 81, 83, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 99, 101, 103, 111, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 131, 325, 326, 337

- groźba użycia siły 10, 22, 56, 69, 163, 196
- zob. śmiertelność siła (użycie)*
- zob. samoobrona*
- zob. Karta Narodów Zjednoczonych*

W

wojna z terroryzmem [patrz: terroryzm]

wymuszenie pokoju (*peace-support operations*) [patrz: operacje wojskowe]

Z

zbrodnie 16, 17, 20, 25, 29, 30, 31, 34, 44, 101, 103, 108, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 247, 271, 272, 307, 308, 309, 312, 334
– zbrodnie wojenne 101, 108, 173, 174, 176, 177, 180, 181, 184, 187, 198, 199, 200, 202, 204, 209, 210, 307, 308, 309, 334, 350
– zbrodnie przeciwko ludzkości 184, 187, 195, 196, 198, 199, 200, 210, 211, 271
– zbrodnia agresji (zbrodnia przeciwko pokojowi) 31, 184, 191, 194, 198, 199, 201, 210, 211
– zbrodnia ludobójstwa [patrz: ludobójstwo]
zob. odpowiedzialność (karna)

znak rozpoznawczy
zob. Czerwony Krzyż

zwyczaj 31, 43, 68, 98, 104, 108, 133, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 167, 173, 202, 210, 273, 274, 306, 309, 314, 328, 330, 341
– zwyczaj wojenny 98, 108, 173, 202, 309, 328, 341
– prawo zwyczajowe 31, 43, 68, 104, 133, 158, 160, 162, 163, 164, 165, 167, 202, 210, 273, 274, 306, 314, 330
zob. klauzula Martensa
zob. *ius cogens*

WYKAZ LITERATURY Z ZAKRESU SELEKTYWNEJ ELIMINACJI

(oprac. M. Szuniewicz)

Monografie

Alston P., *The CIA and Targeted Killings Beyond Borders*, New York 2011;

Beres L. R., *On Assassination, Preemption, and Counterterrorism: the View from International Law*, 2008;

Bowden M., *The Finish: the Killing of Osama bin Laden*, Grove Press, 2012;

Fury D., *Kill bin Laden: a Delta Force Commander's Account of the Hunt for the World's Most Wanted Man*, St. Martin's Paperbacks, New York 2011;

Kaye D., *International Law Issues in the Department of Justice White Paper on Targeted Killing*, American Society of International Law, 2013;

Killing by Remote Control: the Ethics of an Unmanned Military, red. B. J. Strawser, Oxford University Press, New York 2013;

Melzer N., *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, 2008;

Otto R., *Targeted Killings and International Law: with Special Regard to Human Rights and International Humanitarian Law*, Springer, London 2011;

Plaw A., *Targeting Terrorists: a License to Kill?*, Ashgate, Aldershot 2008;

Schmitz-Elvenich H. F., *Targeted Killing: die völkerrechtliche Zulässigkeit der gezielten Tötung von Terroristen im Ausland*, Lang 2008;

Shooting to Kill: Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force, red. S. Bronitt, M. Gani, S. Hufnagel, Hart, Oxford 2012;

Strüwer E., *Zum Zusammenspiel von humanitärem Völkerrecht und den Menschenrechten am Beispiel des „targeted killing“*, Lang 2010;

Targeted Killings: Law and Morality in an Asymmetrical World, red. C. Finkelstein, J. D. Ohilin, A. Altman, Oxford 2012;

Waldron J. J., *Can Targeted Killing Work as a Neutral Principle?*, *New York University School of Law*, New York 2011.

Artykuły

Alston P., *Using International Law to Combat Unlawful Targeted Killings*, [w:] U. Fastenrath i in. [red.], *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, s. 1149–1167;

Anderson K., *Targeted Killing in U.S. Counterterrorism Strategy and Law*, [w:] B. Wittes [red.], *Legislating the War on Terror: An Agenda for Reform*, Brookings Institution Press, Washington, D.C. 2009, s. 346–400;

Arai-Takahashi Y., *So-Called Targeted Killings in Volatile Occupied Territories: Critical Appraisal through the Concept of Direct Participation in Hostilities and the Principle of Proportionality*, „*Kokusaihō gaikō zasshi*” (Revue mensuelle de droit international et diplomatique) 2009, vol. 108, afl. 4, s. 1–47;

Banks W. C., Raven-Hansen P., *Targeted Killing and Assassination: the U.S. Legal Framework*, „*University of Richmond Law Review*” 2003, vol. 37, afl. 3, s. 667–749;

Bartolini G., *I „Targeted Killings” di appartenenti a gruppi terroristici tra diritto internazionale umanitario e diritti umani*, [w:] P. Gargiulo, M. C. Vitucci [red.], *La tutela dei diritti umani nella „lotta” e nella „guerra” al terrorismo*, Napoli 2009, s. 273–293;

Ben-Naftali O., Michaeli K. R., *„We Must not Make a Scarecrow of the Law”: a Legal Analysis of the Israeli Policy of Targeted Killings*, „Cornell International Law Journal” 2003, vol. 36, afl. 2, s. 233–292;

Bhuta N., *States of Exception: Regulating Targed Killing in a „Global Civil War”*, [w:] P. Alston, E. MacDonald [red.], *Human Rights, Intervention, and the Use of Force*, Oxford University Press, New York 2008, s. 243–273;

Blum G., Heymann P., *Law and Policy of Targeted Killing*, „Harvard National Security Journal” 2010, vol. 1, s. 145–170;

Buckley A., *Smiting Spell: the Legality of Targeted Killings in the War against Terrorism*, „Journal of East Asia and International Law” 2012, vol. 5, afl. 2, s. 439–454;

Byman D., *Do Targeted Killings Work?*, „Foreign Affairs” 2006, vol. 85, no. 2, s. 95–111;

Cárdenas C., *Sobre la valoración jurídica de la muerte de Osama Bin Laden*, „Revista Tribuna Internacional” 2012, vol. 1, afl. 1, s. 129–138;

Casey D., *Breaking the Chain of Violence in Israel and Palestine: Suicide Bombings and Targeted Killings under International Humanitarian Law*, „Syracuse Journal of International Law and Commerce” 2005, vol. 32, afl. 2, s. 311–343;

Cassese A., *On Some Merits of the Israeli Judgment on Targeted Killings*, „Journal of International Criminal Justice” 2007, vol. 5, afl. 2, s. 339–345;

Cohen A., Shany Y., *A Development of Modest Proportions: The Application of the Principle of Proportionality in the Targeted Killings Case*, „Journal of International Criminal Justice” 2007, vol. 5, afl. 2, s. 310–321;

Coracini C. E. F., *Targeted Killing of Suspected Terrorists During Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?*, „Anuário brasileiro de direito internacional” 2008, vol. 2, s. 34–45;

Cunningham S., *Zero Dark Thirty: a Critical Evaluation of the Legality of the Killing of Osama bin Laden under International Humanitarian Law*, „Humanitäres Völkerrecht” 2013, vol. 26, afl. 2, s. 56–63;

David S. R., *Fatal Choices, Israel's Policy of Targeted Killing*, *The Begin-Sadat Center for Strategic Studies*, Israel 2002;

David S. R., *If not Combatants, Certainly not Civilians*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17;

David S. R., *Israel's Policy of Targeted Killing*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17;

David S. R., *Targeted Killing: the Israeli Experience*, [w:] C. A. Ford, A. Cohen [red.], *Rethinking the Law of Armed Conflict in an Age of Terrorism*, Lanham, MD 2012, s. 71–98;

Downes C., „*Targeted Killings*” in *an Age of Terror: the Legality of the Yemen Strike*, „Journal of Conflict and Security Law” 2004, vol. 9, afl. 2, s. 277–294;

Eichensehr K. E., *On Target?: the Israeli Supreme Court and the Expansion of Targeted Killings*, „Yale Law Journal” 2007, vol. 116, afl. 8, s. 1873–1881;

Esposito M. K., *The al-Aqsa Intifada: Military Operations, Suicide Attacks, Assassinations, and Losses on the First Four Years*, „Journal of Palestine Studies” 2005, vol. 34, afl. 2, s. 85–122;

Fenrick W. J., *The Targeted Killings Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities*, „Journal of International Criminal Justice” 2007, vol. 5, afl. 2, s. 332–338;

Fisher W. J., *Targeted Killing, Norms, and International Law*, „Columbia Journal of Transnational Law” 2007, vol. 45, afl. 3, s. 711–758;

Gordon N., *Rationalising Extra-Judicial Executions: the Israeli Press and the Legitimisation of Abuse*, „The International Journal of Human Rights” 2004, vol. 8, afl. 3, s. 305–324;

Govern K. H., *Warrant-Based Targeting: Prosecution Oriented Capture and Detention as Legal and Moral Alternatives to Targeted Killing*, „Arizona Journal of International and Comparative Law” 2012, vol. 29, afl. 3, s. 477–516;

Graham A., *Extra-Judicial Targeted Killing*, „International Review of Law, Computers & Technology” 2013, vol. 27, issue 1–2;

Gross M. L., *Assassination and Targeted Killing: Law Enforcement, Execution or Self-Defence?*, [w:] D. Rodin [red.], *War, Torture and Terrorism: Ethics and War in the 21st Century*, Blackwell, Malden 2007, s. 83–95;

Grote R., *Between Crime Prevention and the Laws of War: Are the Traditional Categories of International Law Adequate for Assessing the Use of Force against International Terrorism?*, [w:] Ch. Walter i in. [red.], *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Springer Verlag, Berlin–Heidelberg 2004, s. 951–985;

Guiora A., *Targeted Killing as Active Self-Defense*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2004, vol. 36, afl. 2–3, s. 319–334;

Guiora A. N., *Targeted Killing: When Proportionality Get All Out of Proportion*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2012, vol. 45, afl. 1–2, s. 235–257;

Hafez M. M., Hatfield J. M., *Do Targeted Assassinations Work?: a Multivariate Analysis of Israel's Controversial Tactic during Al-Aqsa Uprising*, „Studies in Conflict and Terrorism” 2006, vol. 29, afl. 4, s. 359–382;

Hakimi M., *A Functional Approach to Targeting and Detention*, „Michigan Law Review” 2012, vol. 110, afl. 8, s. 1365–1420;

Harwood J. C., *Knock, Knock; Who's There?: Announcing Targeted Killing Procedures and the Law of Armed Conflict*, „Syracuse Journal of International Law and Commerce” 2012, vol. 40, afl. 1, s. 1–27;

Israeli Supreme Court, *Targeted Killings Case*, [w:] G. Angelucci, L. Vierucci [red.], *Il diritto internazionale umanitario e la guerra aerea: scritti scelti*, Firenze University Press, 2010, s. 227–240;

Jackson J. M., *The Legality of Assassination of Independent Terrorist Leaders: an Examination of National and International Implications*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation” 1999, vol. 24, afl. 3, s. 669–697;

Jameel J., *Judicial Review of Targeted Killings*, „Harvard Law Review” 2013 (w druku);

Jensen E. T., *Targeting of Persons and Property*, [w:] M. W. Lewis [red.], *The War on Terror and the Laws of War: a Military Perspective*, Oxford University Press, New York 2009, s. 37–66;

Kapaun N., *Human Rights Aspects of Targeted Killings*, [w:] R. Alleweldt, R. Callsen, J. Dupendant [red.], *Human Rights Abuses in the Contemporary World: Tri-national Workshop, Tbilisi, September 2011*, Lang, Bern 2012, s. 59–76;

Keller H., Forowicz M., *A Tightrope Walk between Legality and Legitimacy: an Analysis of the Israeli Supreme Court's Judgment on Targeted Killing*, „Leiden Journal of International Law” 2008, vol. 21, afl. 1, s. 165–221;

Krasmann S., *Targeted Killing and Its Law: On a Mutually Constitutive Relationship*, „Leiden Journal of International Law” 2012, vol. 25, afl. 3, s. 665–682;

Krawczyk A., *Selektywna eliminacja – izraelska odpowiedź na terroryzm palestyński*, [w:] J. Piątek, R. Podgórskańska [red.], *Wybrane aspekty bezpieczeństwa*, tom 2, Szczecin 2007, s. 93–104;

Kretzmer D., *Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?*, „European Journal of International Law” 2005, vol. 16, afl. 2, s. 171–212;

Kretzmer D., *Use of Lethal Force against Suspected Terrorists*, [w:] A. M. Salinas de Frías, K. L. H. Samuel, N. D. White [red.], *Counter-Terrorism: International Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, s. 618–653;

Lesh M., *The Public Committee Against Torture in Israel v. the Government of Israel: the Israeli High Court of Justice Targeted Killing Decision*, „Melbourne Journal of International Law” 2007, vol. 8, afl. 2, s. 373–397;

Luft G., *The Logic of Israel's Targeted Killing*, „Middle East Quarterly” 2006, vol. 12, no. 1;

Margalit A., *Did LOAC Take the Lead?: Reassessing Israel's Targeted Killing of Salah Shehadeh and the Subsequent Calls for Criminal Accountability*, „Journal of Conflict and Security Law” 2012, vol. 17, afl. 1, s. 147–173;

May L., *Targeted Killings and Proportionality in Law: Two Models*, „Journal of International Criminal Justice” 2011, vol. 11, afl. 1, s. 47–63;

McCormack W., *Targeted Killing at a Distance: Robotics and Self-Defense*, „Pacific McGeorge Global Business and Development Law Journal” 2012, vol. 25, afl. 1, s. 361–379;

McDonnell T. M., *So What You Reap?: Using Predator and Reaper Drones to Carry Out Assassinations or Targeted Killings of Suspected Islamic Terrorists*, „The George Washington International Law Review” 2012, vol. 44, afl. 2, s. 243–316;

McKelvey B., *Due Process Rights and the Targeted Killing of Suspected Terrorists: the Unconstitutional Scope of Executive Killing Power*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2011, vol. 44, afl. 5, s. 1353–1384;

Melzer N., *Targeted Killing or Less Harmful Means?: Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2008, vol. 9, s. 87–113;

Murphy R., *Radsan Afsheen John, Due Process and Targeted Killing of Terrorists*, „Cardozo Law Review” 2009, vol. 31, no. 2, s. 405–450;

Nolte G., *Preventive Use of Force and Preventive Killings: Moves into a Different Legal Order*, „Theoretical Inquiries in Law” 2004, vol. 5;

O’Connell M., *War Crimes Research Symposium: the Role of Justice in Building Peace: to Kill or Capture Suspects in the Global War on Terror*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2003, vol. 35;

Paust J. J., *Permissible Self-Defense Targeting and the Death of Bin Laden*, „Denver Journal of International Law and Policy” 2011, vol. 39, afl. 4, s. 569–583;

Paust J. J., *Propriety of Self-Defense Targetings of Members of Al Qaeda and Applicable Principles of Distinction and Proportionality*, „ILSA Journal of International and Comparative Law” 2012, vol. 18, afl. 1, s. 565–580;

Proulx V.-J., *If the Hat Fits, Wear it, if the Turban Fits, Run for Your Life: Reflections on the Indefinite Detention and Targeted Killing of Suspected Terrorists*, „Hastings Law Journal” 2005, vol. 56, afl. 5, s. 801–900;

Raines J., *Osama, Augustine, and Assassination: the Just War Doctrine and Targeted Killings*, „Transnational Law & Contemporary Problems” 2002, vol. 12, afl. 1, s. 217–243;

Ramsden M., *Targeted Killings and International Human Rights Law: the Case of Anwar Al-Awlaki*, „Journal of Conflict and Security Law” 2011, vol. 16, afl. 2, s. 385–406;

Rodríguez-Villasante y Prieto J. L., *Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales*, [w:] S. Manacorda, A. Nieto [red], *Criminal Law between War and Peace: Justice and Cooperation in Criminal Matters in International Military Interventions: Proceedings of the XVth International Congress on Social Defense*, de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2009, s. 335–385;

Rogers A. P. V., McGoldrick D., *Assassination and Targeted Killing: the Killing of Osama Bin Laden*, „International and Comparative Law Quarterly” 2011, vol. 60, afl. 3, s. 778–788;

Ruys T., *License to Kill? State-Sponsored Assassination under International Law*, „Military Law and Law of War Review” 2005, vol. 44, no. 1–2;

Sang B., *Clearing some of the Fog of War over Combatting Terrorists on the Frontiers of International Law: Targeted Killing and International Humanitarian Law*, „African Yearbook on International Humanitarian Law” 2011, vol. 2011, s. 1–46;

Schmahl S., *Targeted Killings: a Challenge for International Law?*, [w:] C. Tomuschat, E. Lagrange, S. Oeter [red.], *The Right to Life*, Nijhoff, Leiden 2010, s. 233–266;

Schondorf R. S., *The Targeted Killings Judgment*, „Journal of International Criminal Justice” 2007, vol. 5, afl. 2, s. 301–309;

Solis G., *Targeted Killing and the Law of Armed Conflict*, „Naval War College Review” 2007, vol. 60, afl. 2, s. 127–146;

Solomon S., *Targeted Killings and the Soldiers’ Right to Life*, „ILSA Journal of International & Comparative Law” 2007, vol. 14, no. 1, s. 99–120;

Stahl A., *The Evolution of Israeli Targeted Operations: Consequences of the Thabet Thabet Operation*, „Studies in Conflict and Terrorism” 2010, vol. 33, afl. 2, s. 111–133;

Statman D., *Targeted Killing*, [w:] T. Shahanan [red.], *Philosophy 9/11: Thinking about the War on Terrorism*, Chicago 2005, s. 83–202;

Stein Y., *By any Name Illegal and Immoral*, „Ethics and International Affairs” 2003, vol. 17, s. 111–126;

Sterio M., *The United States’ Use of Drones in the War on Terror: the (Il) Legality of Targeted Killings Under International Law*, „Case Western Reserve Journal of International Law” 2012, vol. 45, afl. 1–2, s. 197–214;

Sunkavalli V., *Targeted Killing as a Counter Terrorism Tactic: Should We Name It or Shame It?*, „University of Miami International and Comparative Law Review” 2011, vol. 18, no. 2, s. 137–190;

Turner R. F., *It's Not Really „Assassination”: Legal and Moral Implications of Intentionally Targeting Terrorists and Aggressor-State Regime Elites*, „University of Richmond Law Review” 2003, vol. 37, afl. 3, s. 787–810;

Ulrich J., *The Gloves Were Never on: Defining the President's Authority to Order Targeted Killing in the War Against Terrorism*, „Virginia Journal of International Law” 2005, vol. 45, afl. 4, s. 1029–1065;

Van Schaack B., *The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 2011, vol. 14, s. 255–325;

Vlasic M. V., *Assassination & Targeted Killing: a Historical and Post-Bin Laden Legal Analysis*, „Georgetown Journal of International Law” 2012, vol. 43, afl. 2, s. 259–333;

Wachtel H. A., *Targeting Osama Bin Laden: Examining the Legality of Assassination as a Tool of U. S. Foreign Policy*, „Duke Law Journal” 2006, vol. 55, afl. 3, s. 677–710;

Waisberg T., *The Colombia-Ecuador Armed Crisis of March 2008: the Practice of Targeted Killing and Incursions Against Non-State Actors Harbored at Terrorist Safe Havens in a Third Party State*, „Studies in Conflict and Terrorism” 2009, vol. 32, afl. 6, s. 476–488;

Watkin K., *Canada/United States Military Interoperability and Humanitarian Law Issues: Land Mines, Terrorism, Military Objectives and Targeted Killing*, „Duke Journal of Comparative & International Law” 2005, vol. 15, afl. 2, s. 281–314;

Weill S., *The Targeted Killing of Salah Shehadeh: from Gaza to Madrid*, „Journal of International Criminal Justice” 2009, vol. 7, afl. 3, s. 617–631;

Whetham D., *Drones and Targeted Killing: Angels or Assassins?*, [w:] B. J. Strawser [red.], *Killing by Remote Control: the Ethics of an Unmanned Military*, Oxford University Press, Washington, D.C. 2013, s. 69–83;

Wilner A. S., *Targeted Killings in Afghanistan: Measuring Coercion and Deterrence in Counterterrorism and Counterinsurgency*, „Studies in Conflict and Terrorism” 2010, vol. 33, afl. 4, s. 307–329;

Wong M. S., *Targeted Killings and the International Legal Framework: With Particular Reference to the US Operation Against Osama bin Laden*, „Chinese Journal of International Law” 2012, vol. 11, afl. 1, s. 127–163;

Yoo J., *Assassination or Targeted Killings After 9/11*, „New York Law School Law Review” 2012, vol. 56, afl. 1, s. 57–79.

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

(oprac. M. Szuniewicz)

I. Wykaz umów międzynarodowych wielostronnych i dwustronnych

1868 Deklaracja w sprawie pocisków wybuchających małego kalibru (Petersburg, 11.12.1868)

1907 IV Konwencja haska dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (Haga, 18.10.1907) wraz z załącznikiem: Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej

1919 Traktat pokoju między mocarstwami sprzymierzonymi i skojarzonymi i Niemcami (Wersal, 28.06.1919)

Pakt Ligi Narodów (Paryż, 28.06.1919)

1922 Traktat waszyngtoński dotyczący użycia okrętów podwodnych i gazów trujących w działaniach wojennych (Waszyngton, 6.02.1922)

1923 Reguły wojny powietrznej (Haga, 19.02.1923)

1937 Konwencja Ligi Narodów o zapobieganiu i zwalczaniu terroryzmu (Genewa, 16.11.1937)

1945 Karta Narodów Zjednoczonych (San Francisco, 26.06.1945)

Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, tj. Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (Londyn, 8.08.1945)

Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (Londyn, 8.08.1945)

1946 Karta Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Dalekiego Wschodu (Tokio, 19.01.1946)

1948 Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (Paryż, 10.12.1948)

Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Nowy Jork, 9.12.1948)

1949 Traktat Północnoatlantycki (Waszyngton, 4.04.1949)

Umowa między Stronami Traktatu Północnoatlantyckiego dotycząca statusu ich sił zbrojnych (Waszyngton, 4.04.1949)

I Konwencja genewska w sprawie polepszenia losu rannych i chorych w armiach czynnych (Genewa, 12.08.1949)

II Konwencja genewska o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (Genewa, 12.08.1949)

III Konwencja genewska o traktowaniu jeńców (Genewa, 12.08.1949)

IV Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (Genewa, 12.08.1949)

1950 Konwencja o prawach człowieka i podstawowych wolnościach, zwana Europejską Konwencją Praw Człowieka (Rzym, 4.11.1950)

- 1954** Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego (Haga, 14.05.1954)
- 1966** Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (Nowy Jork, 16.12.1966)
- Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (Nowy Jork, 19.12.1966)
- 1968** Konwencja o jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach cywilnych i handlowych (Bruksela, 27.09.1968)
- Konwencja o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości (Nowy Jork, 26.11.1968)
- 1969** Amerykańska Konwencja Praw Człowieka (San José, 22.11.1969)
- 1972** Europejska Konwencja o immunitecie państw (Bazylea, 16.05.1972)
- 1973** Międzynarodowa konwencja o przeciwdziałaniu i karaniu zbrodni apartheidu (Nowy Jork, 30.11.1973)
- 1977** Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12.08.1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Genewa, 8.06.1977)
- Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12.08.1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Genewa, 8.06.1977)
- 1979** Konwencja ONZ przeciwko braniu zakładników (Nowy Jork, 17.12.1979)
- 1981** Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów (Nairobi, 27.06.1981)

- 1993** Statut Międzynarodowego Trybunału do Osądzania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popołnione na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 r. (Nowy Jork, 25.05.1993)
- 1994** Statut Międzynarodowego Trybunału do Spraw Rwandy (Nowy Jork, 8.11.1994)
- 1997** Konwencja o zwalczaniu terrorystycznych zamachów bombowych (Nowy Jork, 15.12.1997)
- 1998** Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego (Rzym, 17.07.1998)
- 1999** Drugi protokół do konwencji haskiej o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego (Haga, 26.03.1999)
- 2006** Międzynarodowa konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (Nowy Jork, 20.08.2006)

II. Wykaz źródeł prawa krajowego

A) Rzeczpospolita Polska

- 1932** Kodeks karny wojskowy (21.10.1932)
- 1944** Dekret PKWN o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego – tzw. dekret sierpniowy (31.08.1944)

Dekret PKWN – Kodeks karny Wojska Polskiego (23.09.1944)

1946 Dekret o zmianie dekretu z 31.08.1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstwa i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (10.12.1946)

1964 Kodeks postępowania cywilnego (17.11.1964)

1967 Ustawa o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (21.11.1967)

1969 Ustawa – Kodeks karny (19.04.1969)

1997 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (2.04.1997)

Ustawa – Kodeks karny (6.06.1997)

2003 Ustawa o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (11.09.2003)

2009 Ustawa o dyscyplinie wojskowej (9.10.2009)

B) inne państwa

1872 Niemiecki wojskowy kodeks karny (20.06.1872)

Ogólne wskazówki dla Autorów i warunki publikowania artykułów

1. W MPH zostaną opublikowane artykuły:
 - tematycznie zorientowane na problematykę jak w tytule,
 - oryginalne – niepublikowane dotąd w innych czasopismach.
2. Objętość artykułu nie może przekraczać 20 stron wydruku (łącznie z rysunkami i tabelami).
3. Układ artykułu obejmuje:
 - stronę tytułową, która powinna zawierać:
 - a) imiona i nazwiska autorów (tytuł, stopień naukowy),
 - b) afiliację i adres każdego z nich, e-mail,
 - c) tytuł,
 - streszczenie w języku angielskim (około 20 wierszy, nie więcej niż jedna strona) wraz ze słowami kluczowymi, które zostaną opublikowane w MPH i CEJSH,
 - wstęp,
 - część zasadniczą,
 - wnioski (wyniki, podsumowanie),
 - wykaz aktów prawnych wykorzystanych w publikacji z podziałem na akty prawa międzynarodowego i krajowego (jeżeli istnieje oficjalny tekst w języku polskim – podawać nazwę polską; w pozostałych przypadkach w języku oryginalnym; przy kilku oryginalnych – w języku angielskim).
4. Artykuł powinien być napisany z podwójną interlinią i marginesami 25 mm. Zalecany edytorem jest Word for Windows (format .doc; Times New Roman, 12 pkt). Wskazane są podtytuły dzielące tekst na rozdziały i podrozdziały.
5. W zakresie słownictwa geograficznego stosować w pierwszej kolejności nazwy w języku polskim według formy zalecanej przez Komisję Standaryzacji Nazw Geograficznych Poza Granicami Polski przy Głównym Geodecie Kraju (www.gugik.gov.pl/komisja), a w przypadku ich braku – nazwy w języku angielskim.
6. Stosować skróty zawarte w wykazie skrótów.
7. Rysunki i wykresy (wyłącznie czarno-białe o szerokości do 13 cm) powinny być ponumerowane liczbami arabskimi i wstawione w tekście w miejscu, w którym o nich mowa.
8. Tabele powinny być ponumerowane, ich szerokość nie może przekraczać 13 cm, tytuły nad tabelami i tekst w tabelach powinny być zapisane czcionką 10 pkt.
9. Autorzy muszą dołączyć podpisane oświadczenie o oryginalności rysunków i wykresów. W przypadku zamieszczenia cytowanych rysunków należy dołączyć zgodę autorów lub wydawcy.
10. W niektórych przypadkach Autorzy artykułów przyjętych do publikacji mogą otrzymać tekst z poprawkami do korekty i zobowiązani są odesłać go w ciągu siedmiu dni.
11. Przyjmowane będą artykuły wyłącznie w wersji elektronicznej – przesłane pocztą elektroniczną lub dostarczone na CD.
12. W MPH będą zamieszczone artykuły, które uzyskały pozytywne recenzje.
13. Zapis bibliograficzny powinien być ujednolicony jak niżej:

J. Podracki, *Słownik interpunkcyjny języka polskiego z zasadami przestankowania*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1999.

J. W. Doerffer, *Budownictwo okrętowe w latach od 1968 do 1988 i perspektywy na przyszłość*, „Budownictwo Okrętowe” 1989, nr 12.

B. Zalewski, *Zimna wojna i jej wpływ na koncepcje militarne Układu Warszawskiego i NATO*, [w:] A. Drzewiecki [red. nauk.], *Konflikt zbrojny na Bałtyku w koncepcjach ideologii zimnowojennej po 1945 roku*, Wyd. AMW, Gdynia 2005.

